

EL PAPEL DEL PARLAMENTO EN LA GESTIÓN ORDINARIA DE RIESGOS. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL «PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN»

THE ROLE OF PARLIAMENT IN ORDINARY RISK MANAGEMENT. A LEGAL ANALYSIS IN LIGHT OF THE “PRECAUTIONARY PRINCIPLE”

Borja SÁNCHEZ BARROSO
Profesor Colaborador Asistente
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)
<https://orcid.org/0000-0001-8685-2666>

Fecha de recepción del artículo: diciembre 2020
Fecha de aceptación y versión final: abril 2021

RESUMEN

La «gestión de riesgos» en España parece haber relegado al Parlamento a una posición secundaria, frente a un Poder Ejecutivo omnímodo y poco controlado. Esta tendencia, que ha podido observarse en el derecho de necesidad, pero también en las normas ordinarias relacionadas con el riesgo, viene provocada en gran medida por la interpretación y el fundamento otorgado hasta el momento al llamado «principio de precaución», una norma que inspira y vertebra el derecho ordinario y extraordinario frente a riesgos inciertos. Tras analizar brevemente el origen del principio, su recepción en España y la definición mayoritaria que le han otorgado la doctrina y los tribunales, analizamos diversas objeciones a la concepción actual del principio, de las que trae causa la impropia subordinación del Parlamento en este ámbito. A la vista de dichas objeciones y del erróneo fundamento atribuido a las normas de precaución hasta ahora, trataremos de reformular estas últimas para recuperar el protagonismo del Parlamento en la más amplia «canalización institucionalizada del riesgo» (ya no simple gestión) que la propia arquitectura constitucional le ha reservado. De ello extraeremos algunas consecuencias prácticas y mejoras para el Parlamento, relacionadas con la técnica legislativa a la hora de regular riesgos inciertos y la evaluación técnica y científica de los mismos dentro del procedimiento legislativo.

Palabras clave: principio de precaución, gestión de riesgos, Parlamento, separación de poderes, diseño institucional

ABSTRACT

The Spanish Parliament seems to play a secondary role in “risk management”, contrary to an overarching and scarcely controlled Executive Power. This trend can be observed in rules regulating emergency powers, but also in ordinary rules related to risk. It can be explained to a great extent by the current interpretation and legal foundation given to the so-called “precautionary principle”, a norm that inspires and gives coherence to ordinary and extraordinary rules regulating uncertain risks. In this paper, we briefly analyze its origins, its implementation in Spain and the most widely accepted definition given by scholars and the Courts to the precautionary principle. We also analyze potential objections to the current version of the principle, which has led to an improper subordination of the Parliament in this field. Considering those objections and the inaccurate legal foundation hitherto given to precautionary norms, we try to reformulate said foundation to make the Parliament regain a leading role in “risk management”, which in fact amounts to much more than just “managing risks” (i.e. risks shall not only be managed, but also “institutionally channeled” or negotiated). The institutional architecture designed by the Spanish Constitution imposes it. We will also derive from it some practical consequences and potential improvements for the Parliament, related to legislative technique in rules regulating uncertain risks and integration of technical and scientific risk assessment into legislative procedures.

Keywords: precautionary principle, risk management, Parliament, separation of powers, institutional design

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 1. Origen y evolución del principio de precaución. 2. Recepción del principio en España. 3. La doctrina mayoritaria actual sobre el principio de precaución. III. OBJECIONES AL ACTUAL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN QUE RELEGAN AL PARLAMENTO A UNA POSICIÓN SECUNDARIA. 1. Objeciones ligadas a los principios de seguridad jurídica y legalidad. 1.1. La difícil compatibilidad del principio de precaución con el principio de seguridad jurídica. 1.2. La difícil compatibilidad del principio de precaución con el principio de legalidad y la reserva de ley. 1.3. Un Parlamento relegado

por la improvisación y la falta de deliberación. 2. *Objeciones ligadas a la naturaleza jurídica del actual principio de precaución, que vuelven a opacar al legislador.* 2.1. Una disparidad reveladora en torno a las formulaciones «del» principio de precaución. 2.2. Un Parlamento olvidado debido a la ocultación de las reglas de precaución tras «el» principio de precaución. IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS NORMAS DE PRECAUCIÓN PARA RECUPERAR EL PAPEL PRINCIPAL DEL PARLAMENTO. 1. *El inadecuado fundamento actual del principio de precaución.* 1.1. Dos posibles fundamentos para el actual principio de precaución, ambos problemáticos. 1.2. Objeciones político-jurídicas a los anteriores fundamentos del principio. 2. *Hacia un fundamento alternativo del principio y un papel reforzado del Parlamento.* 2.1. La necesaria institucionalización de las respuestas frente a la incertidumbre. 2.2. La recuperación de un papel principal del Parlamento para la negociación de riesgos inciertos. V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA EL PARLAMENTO DERIVADAS DE UNA VISIÓN ALTERNATIVA SOBRE LAS NORMAS DE PRECAUCIÓN. 1. *Mejora de la técnica legislativa frente a los riesgos inciertos.* 1.1. Imprecisiones actuales en la regulación de riesgos inciertos. 1.2. Revalorizar los conceptos jurídicos y la técnica legislativa para enfrentarse a fenómenos extrajurídicos. 2. *Evaluación de los posibles riesgos inciertos: la necesidad de revitalizar el procedimiento legislativo.* 2.1. La evaluación «técnica» asociada al actual principio de precaución. 2.2. La necesidad de ampliar la evaluación y complementarla con una mayor deliberación, especialmente en sede parlamentaria. VI. CONCLUSIÓN Y ¿CIERRE? BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En un principio, podría parecer que la relación del Parlamento con la llamada gestión de riesgos es más bien escasa. La propia expresión «gestión de riesgos», traducción directa de la anglosajona *risk management*, apunta en ese sentido: gestionar es «ocuparse de la administración, organización y funcionamiento» de algo, «manejar o conducir una situación problemática» (Real Academia Española, 2020)¹. Y el Parlamento no gestiona, legisla. Expresa la voluntad general y la razón compartida de la comunidad política en un determinado momento, en el marco abierto que la Constitución le ofrece, pero no gestiona; ni siquiera en un tiempo como el actual en que las funciones del Parlamento han aumentado hasta extremos insospechados y abarcan mucho más que su primigenia y tradicional función legislativa (Astarloa, 2017: 224).

Una aproximación más detallada a esta cuestión, de la mano de las normas para la gestión de aquellos riesgos más graves y extraordinarios —que integran parte del derecho de necesidad y regulan los estados de alarma, excepción y sitio en que este último se concreta—, sugiere que esta impresión inicial podría no resultar acertada². Estas normas parecen reservar al Parlamento un papel relevante, que el Congreso de los Diputados está llamado a desempeñar. Sin embargo, la naturaleza excepcional de estas normas y la preeminencia que reconocen al Poder Ejecutivo (las *autoridades competentes* o a la *autoridad gubernativa* a que se refiere la Ley Orgánica (LO) 4/1981), salvo en lo referido al estado de sitio, sigue arrojando dudas sobre el papel que corresponde realmente al Parlamento en la gestión de riesgos, especialmente en situaciones ordinarias. Además, la forma en la que el Congreso ha hecho uso de estos poderes en la práctica, con prórrogas casi automáticas del

¹ De hecho, cuando la Constitución española menciona la palabra «gestión», hace referencia a la gestión de los distintos entes territoriales en que se organiza el Estado, en el sentido competencial del término, o -en lo que más nos atañe- a la gestión del Gobierno (108 CE) y de sus miembros (98.2 CE). En el art. 103.1 CE, el servir con objetividad los intereses generales puede entenderse en un sentido similar, siendo como es la actividad de gestión una parte esencial de este «servicio».

² Como es sabido, el Congreso debe intervenir al menos en los primeros momentos de gestión de estos riesgos extraordinarios, para autorizar la adopción de medidas excepcionales (en el estado de excepción) o su prórroga (estado de alarma). Puede también condicionar dichas medidas y hacer un seguimiento continuo de su implementación, recabando la información que considere oportuna (arts. 13.3, 15.1 y 6.2 LO 4/1981).

estado de alarma declarado en marzo de 2020³ o la aprobación de una extensa prórroga de seis meses en noviembre, con escasa rendición de cuentas y una genérica y amplísima delegación a favor de la Presidencia de cada comunidad autónoma (artículo (art.) 2 Real Decreto (RD) 926/2020), dudosamente compatible con el espíritu de las normas que regulan el estado de alarma, suscita las mismas dudas⁴.

En ese contexto, una segunda aproximación a la cuestión planteada es posible: analizar con mayor detalle el papel del Parlamento en la gestión de riesgos ordinarios, fuera de las situaciones de excepcionalidad constitucionalmente reconocidas. Para ello, podríamos centrarnos en cualquiera de los sectores donde un riesgo puede aparecer: el derecho del medioambiente, el derecho de la seguridad alimentaria, el derecho de protección de los consumidores (en relación con la seguridad de los productos), etc. En todos estos ámbitos, la preeminencia del Poder Ejecutivo parece imponerse nuevamente. De hecho, en estos sectores existen generalmente cláusulas normativas absolutamente genéricas que habilitan al Gobierno y a la Administración para la adopción de cualquier medida «necesaria» para hacer frente a un posible riesgo⁵.

Si se analizan en detalle, estas normas se basan en un mismo principio general: el llamado «principio de precaución», que algunas de estas normas citan expresamente⁶. Como trataremos de demostrar,

³ Estas condiciones se limitaron a requerir al Gobierno la remisión semanal al Congreso de los Diputados de información documental estructurada sobre la ejecución de las medidas y su eficacia (Disposición Adicional 6ª del RD 463/2020, añadida por la Disposición Final 1ª RD 476/2020).

⁴ La declaración del estado de alarma inicial pretendía que la rendición de cuentas fuera incluso menor (art. 14 del RD 926/2020, modificado a instancias del Congreso por medio del RD 956/2020). El Congreso obligó a sustituir las comparecencias quincenales preceptivas del ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, por comparecencias bimestrales del presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso y comparecencias mensuales del ministro de Sanidad ante la citada comisión. Vista la excepcionalidad del riesgo enfrentado y la rapidez con que se modifican los escenarios, el plazo y el modo para rendir cuentas ante las Cortes sigue antojándose insuficiente. La actuación del Parlamento para la gestión de riesgos en tiempos de crisis, especialmente en relación con la COVID-19, ha sido analizada en detalle por Tudela (2021), Arévalo & Maraón (2021), Dueñas (2021) o Barceló et al. (2020), entre otros.

⁵ Por ejemplo, frente a riesgos para la salud pública, pueden citarse los arts. 2 y 3 LO 3/1986, el art. 26.1 LGS o los arts. 3.d y 27.2 LGSP, entre otros.

⁶ Por ejemplo, la Ley 33/2011, General de Salud Pública (LGSP), la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición (LSAN), la Ley 21/2013, de evaluación ambiental (LEA), o el Real Decreto 1801/2003, sobre seguridad general de los productos (RD

es la interpretación de este principio, que reputamos errónea, la que explica en gran medida el protagonismo desproporcionado que se ha otorgado a los órganos del Poder Ejecutivo en la gestión de riesgos ordinaria y, por derivación, también en la gestión de riesgos extraordinaria. Este excesivo protagonismo relega a su vez al Parlamento a un papel secundario en dicha gestión, que no concuerda, como veremos, con la posición central que la Constitución le confiere en la arquitectura institucional del Estado.

A la vista de lo anterior, trataremos de argumentar a lo largo de este artículo dos posturas complementarias:

(i) igual que Miguel Ángel veía ya la estatua en el bloque de piedra todavía sin esculpir, el papel secundario que está jugando el Parlamento en la gestión de riesgos extraordinarios (como la lucha frente a la COVID-19) ya podía adivinarse si se analiza en profundidad las normas de gestión de riesgos ordinarios y, en especial, el llamado «principio de precaución» que vertebra e inspira estas normas desde hace algunas décadas, en contextos de incertidumbre;

(ii) un mejor entendimiento del «principio de precaución», el análisis detallado de las objeciones jurídico-constitucionales que plantea y una reformulación necesaria de su fundamento jurídico ayudarían a devolver al Parlamento el protagonismo que le corresponde para la gestión de riesgos en un Estado constitucional (una gestión que, como veremos, es en realidad mucho más amplia e implica también negociación, institucionalización y regulación detallada de las respuestas frente a cada posible riesgo).

II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1. Origen y evolución del principio de precaución

Desde hace algunas décadas, el principio de precaución es una de las piezas centrales de los sistemas de gestión de riesgos establecidos a nivel internacional, europeo y nacional en ámbitos muy diversos, que incluyen la protección del medio ambiente, la salud

1801/2003). De forma más reciente, ha sido citado en las exposiciones de motivos de los Reales Decretos 537/2020, de 22 de mayo o 555/2020, de 5 de junio, por los que se prorroga el estado de alarma, o la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla.

pública, la seguridad alimentaria o la seguridad química, entre otros. Se ha empleado así frente a todo tipo de riesgos, desde los más graves y globales (cambio climático, pandemias, organismos genéticamente modificados, etc.), hasta los aparentemente pequeños y puntuales (seguridad de los productos, como juguetes o productos para lactantes, riesgos provocados por obras y edificaciones o por prospecciones realizadas mediante fractura hidráulica, etc.)⁷. Aunque el principio de precaución puede ser analizado desde un punto de vista filosófico –la precaución como enfoque o actitud frente al futuro– (Palazzani, 2008)– o técnico –la precaución como herramienta de micro-gestión de riesgos– (Charest, 2002)–, su relevancia a nivel estrictamente jurídico justifica un estudio pormenorizado en este ámbito.

A nivel internacional, aunque el principio de precaución surge como norma a mediados de los años 70, ha sido reconocido en casi todos los tratados internacionales relacionados con la prevención de riesgos celebrados desde los años 90, especialmente en el campo del medio ambiente (Moya, 2013: 161; Corti, 2017: 220). También ha sido reflejado en el derecho de la Unión Europea, al máximo nivel normativo pues se encuentra expresamente reconocido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (191.2 TFUE), así como en los numerosos Reglamentos y Directivas que en él se inspiran (De Sadeleer, 2017: 1025; Delgado del Saz, 2017). De forma similar, ha sido recogido por el Derecho interno español, en numerosas leyes y reglamentos y, de forma más tímida, en la doctrina del Tribunal Constitucional (Soro, 2017; De Torres Soto, 2017).

En la fulgurante evolución del principio de precaución, prototípica de la formación de normas en la época actual a decir de algunos autores (Viney, 2000: 66), dos tipos de actores han resultado especialmente relevantes⁸. Por un lado, los órganos ejecutivos a nivel

⁷ Aunque se han señalado orígenes anteriores, algunos muy remotos, el principio de precaución surge como norma jurídica en el marco del derecho internacional, en la década de 1970. Se ha dicho de este principio que es la *máxima expresión jurídica* de un panorama global (científico, social, filosófico, jurídico...) en el que la certeza y la previsibilidad parecen valores cada vez más utópicos (De Montalvo, 2017: 171).

⁸ Ha sido una formación más descentralizada y especular que jerárquica, en red más que lineal, por mimetismo y ósmosis más que por diseño racional, que ha pasado por casi todos los niveles territoriales de decisión posibles: originado en el derecho interno alemán y sueco, negociado a nivel internacional en numerosos tratados, consolidado a nivel de

nacional (mediante la negociación y firma de los citados tratados internacionales) y europeo –la Comisión Europea ha sido, de hecho, una de las grandes impulsoras del principio desde su temprana comunicación sobre el recurso al principio de precaución (Comisión Europea, 2000)–. Por otro lado, los órganos judiciales, especialmente a nivel europeo y nacional, que no han dudado en aplicar y desarrollar el principio en numerosos ámbitos (Tribunal General de la Unión Europea, TGUE, 2018: 58). En este proceso, sin embargo, las asambleas legislativas han sido generalmente actores pasivos, que se han limitado a mencionar escuetamente el principio sin desarrollarlo, o han incluido en las normas definiciones estereotipadas del mismo, muy dispares entre sí y rara vez discutidas en cuanto a su contenido específico, como enseguida veremos.

2. Recepción del principio en España

A nivel normativo, en España, el principio de precaución ha sido reflejado en numerosas leyes y reglamentos, de forma muy distinta en cada caso. En concreto, en las normas relativas al medio ambiente, suele mencionarse únicamente como un principio que se ha tenido o debe tenerse en cuenta (a imagen de lo que dispone el art. 191.2 TFUE). En aquellas referidas a la salud, la seguridad alimentaria y otros riesgos similares, en cambio, suele ir acompañado de una definición más prolija, diferente en cada caso, sin que dicha disparidad sea explicada o justificada en los antecedentes o en la exposición de motivos de cada norma. Pueden compararse, por ejemplo, los arts. 2 LEA y 7 LSAN⁹.

A nivel jurisprudencial, su aplicación también se ha multiplicado de forma exponencial a lo largo de estas dos últimas décadas,

la Unión Europea y reflejado nuevamente, con algunas diferencias, en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

⁹ Art. 2 LEA («Los procedimientos de evaluación ambiental se sujetarán a los siguientes principios: [...] b) Precaución y acción cautelar»); art. 7 LSAN («Artículo 7. Principio de cautela. 1. De conformidad con el artículo 7 del Reglamento (CE) n.º 178/2002, en circunstancias específicas, y en particular ante la aparición de riesgos emergentes, 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 la protección de la salud, todo ello en espera de una información científica adicional, que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva»).

llegando a ser citado en más de mil resoluciones judiciales¹⁰. Se trata en su gran mayoría de resoluciones de los tribunales ordinarios, puesto que el Tribunal Constitucional, aunque ha reconocido expresamente la existencia del principio, no se ha prodigado especialmente en su interpretación ni parece considerarlo un principio de rango constitucional, sino legal¹¹. Se han ido perfilando así dos tipos de aplicaciones alternativas del principio de precaución, en relación con la elaboración de disposiciones de carácter general, por un lado, y con el dictado de actos administrativos singulares, por otro. En el primer caso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006, referida a los posibles riesgos provocados por las ondas electromagnéticas (controversia analizada en detalle por Embid, 2010b), distinguió dos concepciones posibles del principio de precaución, de forma novedosa respecto a la doctrina de los tribunales europeos. Siguió en este punto a Esteve Pardo (Esteve, 2004: 196-204)¹². La primera versión del principio, de corte inspiradora, iría dirigida al legislador, pero no tendría mucho interés jurídico según el tribunal, puesto que sería equivalente a la tradicional prevención general, que justifica la elaboración de normas de protección en numerosos sectores (como el de la protección del medio ambiente). La otra, más novedosa y que el tribunal asume, permitiría el establecimiento de condiciones restrictivas excepcionales frente a posibles riesgos incluso cuando otra norma expresa no ampare dichas medidas (permitiendo de esta forma «excepcionar» el régimen ordinario aplicable a una materia, mediante una aplicación autónoma

¹⁰ La importancia del principio en España debe ser relativizada, puesto que su incidencia final en el fallo de cada resolución ha resultado generalmente escasa: suele ir acompañado de otros argumentos que constituyen la razón principal de cada decisión, siendo citado por los tribunales en meros *obiter dicta*.

¹¹ La doctrina del Tribunal Constitucional puede considerarse marginal en este sentido pues, aunque reconoce la existencia del principio, no ha desarrollado especialmente su contenido ni ha aclarado la interpretación que deba darse al principio en nuestro país. La sentencia del Tribunal Constitucional más significativa en este sentido anuló una norma legal de la Región de Murcia contraria a la regla de silencio general negativo establecida por la legislación básica estatal en materia de medio ambiente, añadiendo que dicha norma vulneraría además el «principio de precaución» (Tribunal Constitucional, 2018a, F.J. 10). B. Soro es quien ha analizado con más detalle esta jurisprudencia (Soro, 2017: 93).

¹² Se trata, creemos, de una incorrecta interpretación de las tesis del autor, puesto que el propio J. Esteve ha criticado posteriormente este protagonismo excesivo otorgado a la Administración y a los expertos técnicos o científicos a la hora de adoptar medidas excepcionales frente al riesgo (Esteve, 2009:146).

del principio similar a la que predicán los tribunales europeos)¹³. Es esta última, como veremos, la que se ha abierto paso como definición mayoritaria del principio en España.

En la misma línea, pero en relación con el dictado de actos administrativos singulares, diversas sentencias de la Audiencia Nacional han amparado la adopción de medidas restrictivas en el caso relativo al aceite de orujo incluso cuando el producto cumplía todas las condiciones expresadas en la normativa aplicable, ante la simple sospecha de un riesgo grave para el consumidor. Aunque esta interpretación perseguía únicamente rechazar la responsabilidad patrimonial de la Administración y era contraria, como vimos, a otras resoluciones anteriores que habían anulado dichas medidas, la Audiencia Nacional volvió a establecer que el principio de precaución podía amparar por sí solo la asunción de medidas en contextos de incertidumbre, en contra incluso de lo dispuesto en otras normas (Audiencia Nacional, 2010, FJ. 4). En ambos casos, ampliamente citados con posterioridad por otros órganos jurisdiccionales, los tribunales españoles adoptaron con algunas pequeñas diferencias la interpretación europea del principio de precaución¹⁴.

¹³ Para esta segunda aplicación excepcional, el Tribunal Supremo estableció dos condiciones ausentes en la jurisprudencia europea: la apreciación de una situación de crisis o emergencia (que negó en el caso objeto de la sentencia) y la asunción de la postura científica mayoritaria para justificar las medidas adoptadas (que, a nivel de la Unión Europea, es sustituida por la obligación de adoptar en cada caso la postura más fundada, independientemente de su grado de apoyo en la comunidad científica).

¹⁴ Existen dos ámbitos en los que la jurisprudencia interna española resulta contradictoria y no termina de delimitar con precisión la eficacia que debe otorgarse al principio de precaución. El primer ámbito es el de la tutela cautelar, donde se ha mencionado el principio de precaución para la justificación cuasi-automática de medidas cautelares frente a un posible riesgo (TSJ de las Islas Baleares, 2015; TSJ de la Comunidad Valenciana, 2014); se ha negado en otros casos su eficacia por remisión a las normas específicamente aplicables a la tutela cautelar –en particular, al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*– (Tribunal Supremo, 2012a); y se ha empleado finalmente en otros casos para orientar la interpretación de dichos conceptos (Tribunal Supremo, 2014). La otra contradicción en la doctrina de los tribunales se refiere al estándar de prueba exigible a los poderes públicos para la adopción de medidas restrictivas frente a un posible riesgo. Se ha exigido así, en ocasiones, acreditar que una actividad no causará afectación al bien jurídico protegido o que no exista ninguna duda científica al respecto; en otras se ha requerido simplemente que los poderes públicos acrediten un temor fundado o una duda positiva y no una prueba plena e indubitada sobre el riesgo; en otras, finalmente, se ha exigido acreditar que el riesgo se iba a materializar o una prueba cualificada del mismo para adoptar alguna medida... Todos estos estándares son

3. La doctrina mayoritaria actual sobre el principio de precaución

A pesar de su ubicuidad, el principio de precaución resulta en ocasiones un gran desconocido para la doctrina constitucional. No está de más, por tanto, tratar de definirlo antes de analizar su esclarecedora relación con la gestión de riesgos en general, y el papel reservado al Parlamento en dicha «gestión». No es una tarea sencilla: antes del año 2000 se habían identificado cerca de veinte definiciones distintas del principio en normas y documentos oficiales (Sandin, 1999: 902), a principios de siglo se habían señalado ya más de cincuenta solo en el derecho internacional (Peel, 2005, Apéndice B), y ello sin contar las diferentes interpretaciones jurisprudenciales del principio o las formulaciones propuestas por la doctrina, muchas veces contradictorias entre sí (Sunstein, 2005: 18).

Para agrupar todas estas definiciones, se han generalizado a nivel filosófico y técnico dos grandes grupos: versiones débiles del principio, como orientación que no implica ningún tipo de medida por parte de los poderes públicos sino una mera actitud de precaución, y versiones fuertes, que exigirían algún tipo de actuación, no siempre especificada, frente a cada posible riesgo¹⁵. En ocasiones, estas categorías son completadas con otras versiones moderadas o intermedias que han hecho cierta fortuna. Sin exigir la adopción de medidas, estas versiones conllevarían la posibilidad de adoptarlas discrecionalmente, según la situación (Morris, 2000: 14; Wiener y Rogers, 2002: 320).

Ninguna de estas categorizaciones –aunque citadas en numerosas resoluciones judiciales– resulta útil para analizar el principio de precaución en el ámbito jurídico. Son demasiado imprecisas para analizar el contenido de una norma jurídica llamada a ser aplicada y a tener efectos jurídicos concretos. Se ha tratado de formular entonces una definición única y más precisa del principio (Berberoff, 2004; Romeo, 2004; Cierco, 2004; Esteve, 2009; Embid, 2010a), aunque no siempre

contradictorios entre sí e implican una intensidad variable en el posible riesgo que se quiere prevenir (Di Fabio, 1994: 159; Manson, 2002: 267).

¹⁵ El ejemplo paradigmático de las versiones débiles es el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. El ejemplo más citado entre las versiones fuertes, aunque no reflejado expresamente en una norma jurídica, es el principio de precaución desarrollado en la Declaración de Wingspread (elaborada por científicos y filósofos) (De Cózar, 2005: 137).

se ha hecho a partir de su concreto reflejo en las normas y resoluciones españolas. Según esta definición única, que coincide en la mayoría de los casos y ha sido ampliamente aceptada en España, el principio de precaución sería una norma que permite u obliga a los poderes públicos a adoptar medidas de diversa índole frente a la posibilidad, discutida o no enteramente probada a nivel científico, de sufrir una lesión inaceptable en un bien o valor jurídicamente protegido (TGUE, 2018: 59; Tribunal Supremo, 2006a, FJ. 11; Audiencia Nacional, 2010, FJ. 4). Dichas medidas podrían ser incluso de carácter restrictivo e implicar así la ablación de derechos y libertades individuales, en aras de la protección de algún otro derecho o interés colectivo, incluso en contra de lo establecido en las leyes que regulan, con carácter ordinario, un determinado sector.

III. OBJECIONES AL ACTUAL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN QUE RELEGAN AL PARLAMENTO A UNA POSICIÓN SECUNDARIA

1. Objeciones ligadas a los principios de seguridad jurídica y legalidad

1.1. La difícil compatibilidad del principio de precaución con el principio de seguridad jurídica

Una primera objeción a la actual concepción del principio de precaución viene de la mano del principio de seguridad jurídica. Aunque los tribunales no siempre han protegido este último principio con la intensidad que merece y no siempre resulta fácil determinar su eficacia, su reconocimiento al más alto nivel jerárquico exige otorgarle un mínimo contenido normativo, concretado en diversos sub-principios expresamente reconocidos en el art. 9.3 CE (publicidad, irretroactividad de ciertas normas, etc.) y en un núcleo de certeza, previsibilidad, estabilidad y efectividad de las normas, que permitan alcanzar una mínima corrección formal y estructural del derecho (Tribunal Constitucional, 2018b; Tribunal Constitucional, 2018c; Von Arnould, 2006; Arcos, 2000; Pérez-Luño, 2000).

La definición mayoritaria del principio de precaución no garantiza, a nuestro juicio, este mínimo contenido y resulta difícilmente compatible con dichos principios y valores¹⁶. De hecho, no permite

¹⁶ Cuestión distinta es la tutela que se pueda otorgar a esta posible vulneración del principio de precaución y la dificultad para sancionar su incumplimiento, especialmente

determinar *a priori*, ni siquiera a grandes rasgos, a qué tipo de situaciones va a aplicarse, en qué sectores o en relación con qué materias, ni el tipo de medidas que vayan a adoptarse al amparo del principio. Los particulares se ven así incapaces de ajustar su conducta a la norma, porque no saben lo que el ordenamiento permite o prohíbe, o en qué condiciones lo hace. El hecho de que el principio de precaución sea considerado un principio general del derecho, empleado para la protección de bienes jurídicos muy diversos agrava este defecto¹⁷.

En el mismo sentido, la claridad del principio –a la vista de sus formulaciones tan dispares, en las disposiciones de derecho positivo que lo han reflejado– y su efectividad como norma jurídica –llamada a ser aplicada de la forma más sistemática y coherente posible– también brillan por su ausencia. Técnicamente, esto se articula a través de definiciones del principio de precaución que solamente combinan conceptos jurídicos altamente indeterminados (riesgo, incertidumbre científica, etc.), conceptos sujetos a determinación por medio de la mal llamada discrecionalidad técnica de la Administración (gravedad, irreversibilidad, etc.) y espacios de pura discrecionalidad a favor de la misma (sobre la decisión de adoptar o no medidas, el tipo de medidas que se deben adoptar y su intensidad, el tiempo, condiciones y medidas accesorias a las mismas, etc.). El principio de precaución, en su actual concepción, proyecta de esta forma una incerteza radical inherente, que resulta especialmente paradójica cuando este principio trata justamente de hacer frente a la incertidumbre extrajurídica derivada de la ciencia y, como tal, ofrecer un horizonte de certeza a través del derecho.

Por si todo ello no fuera suficiente, el principio de precaución tampoco contribuye a dotar de estabilidad a las medidas que permite

cuando éste se concreta en una defectuosa técnica legislativa –así lo recuerda Ripollés Serrano al analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2019 (Ripollés, 2020).

¹⁷ Los tribunales españoles han ampliado el ámbito de aplicación del principio de precaución para proteger numerosos bienes y valores jurídicos, más allá incluso de los protegidos a nivel de la Unión Europea y, a veces, ciertamente insospechados. Por ejemplo, han aplicado el principio para proteger la seguridad en los estadios de fútbol ante la posible exhibición de símbolos políticos (TSJ de Madrid, 2018, FJ. 3-4), la suficiencia energética en los hogares (TSJ de Cataluña, 2019), la protección de menores extranjeros (Tribunal Supremo, 2006b, FJ. 4) o la protección mercantil de marcas registradas (Tribunal Supremo, 2013, FJ. 5), entre otros.

adoptar, cuya provisionalidad ha sido citada como característica inherente al propio principio que las ampara (Cazala, 2006: 259). El problema no radica en la posibilidad de modificar temporalmente el régimen de una determinada materia, o en hacerlo con base en circunstancias externas cambiantes, puesto que todo ordenamiento está sujeto a actualización, pero sí –nuevamente– en la indeterminación de las circunstancias que pueden motivar este cambio de regulación y sus condiciones. Los presupuestos para la aplicación del principio de precaución son tan imprecisos que pueden desencadenar en cualquier momento la adopción o eliminación de medidas restrictivas. En caso de hacerlo, no se especifica un mínimo horizonte temporal para las medidas adoptadas (ni podría hacerse seguramente, puesto que la producción de evidencias científicas sobre un riesgo es temporalmente imprevisible)¹⁸. Tampoco se establece a quién incumbiría aportar dichas evidencias y con ello despejar la situación de provisionalidad creada¹⁹. Ni siquiera se expresa, de hecho, si una vez confirmado o descartado el riesgo, la regulación vigente o la nueva regulación que se apruebe puede entenderse consolidada²⁰.

1.2. La difícil compatibilidad del principio de precaución con el principio de legalidad y la reserva de ley

La definición mayoritaria del principio de precaución adoptada por doctrina y tribunales, como aquella norma que permite o impone la adopción de medidas en presencia de un posible riesgo científicamente incierto, implicaría el reconocimiento de una potestad a favor de la Administración. Ya fuera como potestad de uso facultativo o como mandato, habilitaría a los poderes públicos para actuar, incluso de forma restrictiva, frente a los particulares a los que se atribuya la

¹⁸ Así lo recuerda la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de febrero de 2000 en su página 21.

¹⁹ En el contexto de la OMC, esta obligación incumbe a los Estados al amparo del artículo 5.7 del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. En el ordenamiento interno español y europeo, esta obligación no ha sido expresada con tanta claridad.

²⁰ J. Esteve Pardo critica de manera fundada la Sentencia del TSJ de Cataluña 856/2003, de 2 de diciembre, que aplica el principio de precaución para avalar la denegación de una licencia para la instalación de un distribuidor subterráneo de electricidad, una tecnología «en absoluto novedosa» cuyos riesgos, ya conocidos y aceptados por la sociedad, motivaron sin embargo la adopción de una medida restrictiva y su confirmación por los tribunales (Esteve, 2004: 201-203).

posible creación de un riesgo. Ello vulneraría, a nuestro juicio, el principio de legalidad y la reserva de ley en tres de sus principales dimensiones, máxime si tenemos en cuenta que el principio de precaución no ha sido constitucionalizado en España, sino que se trataría de un principio general del derecho de rango legal.

Por un lado, en aquellos sectores no regulados donde el principio de precaución pueda llegar a aplicarse como principio implícito, esta concepción del principio vulneraría la exigencia más básica del principio de legalidad, como es la necesidad de otorgar potestades a la Administración por medio de norma expresa. Cuando esta norma deba constar además en una disposición con rango formal de ley, por imperativo de la reserva de ley, la vulneración sería todavía más evidente (en el mismo sentido, Izquierdo y Rebollo, 2003: 218). Las Cortes Generales ni siquiera habrían intervenido para dar cobertura a una anticipación de la protección frente a algunos riesgos inciertos, salvo de forma general a través de otras normas, dirigidas a combatir otros riesgos y a ser aplicadas en otros ámbitos, de las cuales se habría inducido el principio general de precaución.

Por otro lado, aun cuando el principio de precaución hubiera sido contemplado como principio expreso en una ley, una interpretación como la actual vulneraría la exigencia de precisión y detalle asociada a las normas atributivas de potestades a la Administración²¹. Las Cortes Generales habrían intervenido, sí, pero de manera claramente insuficiente para lo que se espera de ellas a la hora de atribuir potestades ablatorias al Gobierno y a la Administración. El principio de precaución, así recogido, no especificaría unas mínimas condiciones regladas para su ejercicio, puesto que no expresaría siquiera los hechos determinantes de la potestad, la competencia y el procedimiento para aplicarla o su fin, más allá de una genérica lucha contra el riesgo o protección de bienes jurídicos colectivos excesivamente amplios, como el medio ambiente o la salud pública²².

²¹ La delimitación jurisprudencial de estos elementos, especialmente a nivel europeo, mitiga *a posteriori*, pero no elimina, esta importante objeción. Recuérdese el artículo 191.2 TFUE y otros enunciados similares (como el art. 2 LEA), como ejemplos paradigmáticos de esta excesiva parquedad.

²² En el ejercicio de la potestad y no tanto en el de su otorgamiento, una concepción del principio de precaución como la actual vulneraría la exigencia de interpretar restrictivamente las normas que atribuyen potestades ablatorias a la Administración, también derivada

1.3. Un Parlamento relegado por la improvisación y la falta de deliberación

La ausencia de seguridad jurídica asociada a la actual concepción del principio de precaución proviene en gran medida de la improvisación de las respuestas a los posibles riesgos suscitados en cada ámbito. La vulneración del principio de legalidad y de la reserva de ley provoca a su vez la ausencia de deliberación (y de legitimidad democrática directa, no derivada) necesaria para restringir derechos y libertades fundamentales, como la lucha frente a estos posibles riesgos suele reclamar. En esta aplicación casuística y autónoma del principio, la reflexión pausada sobre las respuestas que cada posible riesgo reclama y la ponderación de intereses en aras del bien común, que el libre juego parlamentario favorece como ningún otro mecanismo en vez de perseguir únicamente una opción ideológico-política determinada, no llega a producirse. Son la Administración y el Gobierno, este último en su función constitucional de dirección, los que deciden e imponen las medidas que creen más adecuadas a cada caso²³. El arte de legislar (Zapatero, 1998: 61) es sustituido por el martillo de la decisión.

Las objeciones anteriores llevan a apreciar, en el entramado institucional asociado a la gestión de riesgos, un claro «perdedor»: el Parlamento. Se trata de un actor al que la inobservancia de los principios de seguridad jurídica y de legalidad, o de la reserva de ley, impacta más directamente, pues afecta al núcleo mismo de su principal función, que no es otra que la función legislativa (pese al incremento exponencial de funciones al que se le ha sometido en los últimos tiempos). Su papel secundario en la lucha frente a posibles riesgos inciertos es, de hecho, una consecuencia inmediata, práctica-

del principio de legalidad. A. E. Tello ha tratado de hacer compatible todos estos principios (Embíd, 2010b: 207-212), pero su interpretación no parece haber sido adoptada por la doctrina mayoritaria y por los tribunales.

²³ El ámbito de la llamada «gestión» de riesgos no puede ser una excepción a la deliberación y búsqueda del bien común, aunque la gravedad de las consecuencias enfrentadas o la inmediatez de las situaciones a las que se debe dar respuesta parezcan un argumento poderoso en contra de la necesaria intervención parlamentaria (a la que se achaca generalmente una lentitud y una falta de carácter resolutivo que pueden ser vistas, en cambio, como necesaria pausa reflexiva y protección de las minorías, o necesaria conciliación de intereses, frente a la actuación rápida y sin contrapesos iniciales del Ejecutivo).

mente automática, de las objeciones denunciadas. Son las decisiones del Poder Ejecutivo y la regulación improvisada las que se imponen, en detrimento de aquella actividad parlamentaria más dialogada, reflexiva y pausada que está llamada a alumbrar una legislación de riesgos más exhaustiva, e idealmente consensuada (o al menos contrastada con otros intereses)²⁴. La reflexividad, aunque no es un monopolio de las Cortes y debe ampliarse a toda la sociedad, es de hecho una de las principales causas de legitimidad democrática de las propias Cortes (Rosanvallon, 2008: 183).

No se trata de volver, claro está, a tiempos pretéritos en los que la ley pretendía fijar con antelación y certeza suficientes todas las conductas y consecuencias que el derecho esperaba (lo que no dejaba de ser una cierta ilusión), sino de lograr que el derecho recupere su protagonismo como estabilizador y anticipador de situaciones, en las que pueda canalizar los intereses y valores en juego de forma general (conforme a las preferencias de la comunidad), y no solo casuísticamente, conforme a la percepción de cada intérprete. Se busca así un mínimo de coherencia en un ordenamiento que no cesa de evolucionar, y al que se quiere hacer cambiar todavía más rápidamente, para tratar de seguir el paso a los conocimientos técnicos y científicos sobre cada posible riesgo. Para ello, el Parlamento resulta una institución central, aunque solo fuera por el procedimiento que está obligado a seguir antes de aprobar cada ley²⁵, y la publicidad y apertura de sus discusiones, que pretenden contrarrestar el aturdimiento o el vértigo que estos cambios producen (Sainz Moreno, 1995: 56) o el hermetismo político que a veces se ha apreciado en España (Rey, 2013: 193).

²⁴ De hecho, como recuerda I. Astarloa, «cuando sufre la seguridad, se abre un escenario propicio para la arbitrariedad [...] y para la ineffectividad de lo jurídico» (Astarloa, 2017: 169). No es solo el Parlamento el que pierde, sino el derecho en sí mismo, como instrumento canalizador de conflictos e intereses, orientado a la justicia.

²⁵ De hecho, cuando el legislador opta por un procedimiento distinto del ordinario y éste implique una menor deliberación o una tramitación más apresurada de la futura norma, debe hacerlo por razones tasadas expresadas en los propios Reglamentos de las Cámaras –de forma excesivamente abierta, quizás–, que deben ser interpretadas además de forma restrictiva (García Rocha, 2020: 180).

2. Objeciones ligadas a la naturaleza jurídica del actual principio de precaución, que vuelven a opacar al legislador

2.1. Una disparidad reveladora en torno a las formulaciones «del» principio de precaución

Además de las objeciones anteriores, existe otra importante objeción relacionada con la naturaleza jurídica del principio de precaución, según lo entiende actualmente la doctrina mayoritaria. En ese sentido, el acuerdo sobre la específica naturaleza jurídica del principio siempre ha parecido relativamente sencillo. De hecho, tanto la doctrina como los tribunales no han dudado en calificarlo como un principio general del derecho o, al menos, como un principio general de eficacia sectorial, seguramente llevados por la propia expresión que lo designa (De Sadeleer, 2001: 131; Boy, 1999: 6). Solo unos pocos autores, que han tratado con más detalle esta cuestión, han entendido que el principio de precaución constituye en realidad una norma de naturaleza singular; ya sea como regla excepcionalmente abierta, a medio camino entre los principios y las reglas, o como principio extrañamente ambivalente, con dos vertientes complementarias como las que defendió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 2006 (una de corte inspiradora o legitimadora y otra más incisiva que modifica directamente las conductas de los particulares)²⁶. Los tribunales han llegado a decir también que se trata de un principio, pero que permite inferir automáticamente una regla, en concreto un mandato a los poderes públicos, sin detallar el mecanismo ni el fundamento por el que dicha inferencia automática se produciría (Tribunal Supremo, 2012b).

Esto explica por qué la doctrina mayoritaria y los propios tribunales han intentado englobar las dispares formulaciones del principio de precaución en un único concepto, una norma única que serviría para explicar los dos principales tipos de menciones identificadas hasta ahora en el derecho positivo en relación con este principio: aquéllas que obligan a «tener en cuenta» el principio y las

²⁶ Se han referido a esta segunda vertiente como «principio autónomo» o «concepción sustantiva» de la misma, por oposición a la primera, que supondría un «entendimiento genérico» del principio, asociado al valor de la prudencia (Esteve, 2004: 195; o, en un sentido similar, Majone, 2002: 89-90).

que tratan de definirlo de forma más precisa y dotarlo de un contenido específico. Con razón se ha criticado entonces la irresoluble vaguedad e imprecisión de esta norma (Marchant y Mossman, 2004: 913), a la que cada autor, cada norma y cada resolución judicial parece dotar de un contenido diferente²⁷.

En realidad, unificar todas las formulaciones asociadas «al» principio de precaución en el derecho positivo y apelar a una categoría de normas *sui generis* para explicar su contenido y eficacia se debe a una incorrecta interpretación sobre lo que realmente designa la expresión «principio de precaución». Contrariamente a lo asumido hasta ahora por doctrina y tribunales, creemos que esta expresión no designa una sola norma, sino varias normas jurídicas distintas, con un contenido, un ámbito de aplicación, una eficacia y unas funciones muy diferentes entre sí. Solo una de las normas ocultas bajo la expresión «principio de precaución» constituye un verdadero principio jurídico (el «Principio general de precaución») ²⁸. El resto son reglas jurídicas de distinto contenido según los casos, en el sentido otorgado a esta expresión por Dworkin (1996: 22-26) o Alexy (1995, p. 185) y hoy ampliamente aceptado, aunque discutido: son estas reglas (las «reglas de precaución») las que el Parlamento debe elaborar y refinar frente a cada tipo concreto de riesgo²⁹.

²⁷ Las críticas a la vaguedad del actual «principio de precaución» no resultarían así tan justificadas: la disparidad de formulaciones solo expresa la existencia de distintas normas. Si resulta criticable, en cambio, haber otorgado el mismo nombre a todas estas normas o incluirlas, a veces, entre los principios generales de una ley (como ocurre con los artículos 3.d LGSP o 7 LSAN), en vez de haberlas incluido simplemente en su articulado general, con un contenido más específico (como ocurre con el artículo 26 LGS).

²⁸ Algunas autoras también han recalcado la naturaleza de principio general del derecho del «principio de precaución» y han mencionado la posibilidad de desarrollarlo mediante reglas (De Torres, 2017: 129), o han atribuido una «naturaleza bifronte» al principio (Soro, 2017: 135-137), pero no han identificado las distintas normas que ya existen y se ocultan bajo esta única expresión.

²⁹ Basta analizar las características asociadas generalmente a este tipo de normas. Las reglas expresan concretamente los presupuestos y las consecuencias establecidas en cada caso, contrariamente a lo que sucede con los principios, en estructuras normativas condicionales más cerradas, del tipo «SI [...], ENTONCES [...]». Además, su relación con los valores es menos inmediata que en el caso de los principios, y su forma de aplicación exige una operación de subsunción más que de ponderación. Todo ello se aprecia en las reglas de precaución confundidas hasta ahora con el «principio de precaución», como los citados arts. 3.d LGSP o 7 LSAN.

Hasta el momento, el afán de encontrar una formulación única del llamado principio de precaución o de clasificar las diferentes formulaciones como versiones de una misma norma han desviado a la doctrina del concreto contenido de cada una de las reglas de precaución expresadas en el derecho positivo. Pueden agruparse estas reglas según sus presupuestos (frente a posibles riesgos futuros o frente a riesgos ya materializados de los que se desconoce su causa), según sus destinatarios (ya sean los poderes públicos o los particulares) y según la conducta esperada por la norma (uso facultativo por parte de los poderes públicos o mandato a estos últimos o a los particulares). Lo importante no es tanto cómo agruparlas, sino el simple hecho de identificarlas y de resaltar la importancia de sus específicos enunciados, que determinan a su vez el contenido particular de cada una de estas reglas (más allá del genérico principio general del derecho que las inspira).

2.2. Un Parlamento olvidado debido a la ocultación de las reglas de precaución tras «el» principio de precaución

La actual concepción mayoritaria del principio de precaución, que omite la necesidad de precisarlo en reglas posteriores como las que hemos identificado en algunas normas, camufladas bajo el nombre de principio, vuelve a encumbrar al Poder Ejecutivo como actor principal a la hora de su aplicación, especialmente si se tiene en cuenta la enorme discrecionalidad que la mayoría de las formulaciones del supuesto principio conceden al Gobierno y la Administración. El Poder Judicial, especialmente en Europa, también es dotado de una mayor relevancia, por la posible aplicación autónoma del principio para adoptar o no medidas protectoras frente a posibles riesgos, cuando sean reclamadas por los litigantes (aunque se pliega nuevamente, en muchos casos, al criterio empleado inicialmente por Gobierno y Administración, en cuanto a la omisión o adopción de dichas medidas, por referencia a una discrecionalidad política o «técnica» mal entendida en ocasiones). En cambio, el Parlamento resulta nuevamente relegado: si se ve en el principio de precaución un principio implícito y autónomo, ni siquiera tendría que formular reglas para desarrollarlo; si se trata en cambio como principio positivo reflejado en las leyes, bastarían formulaciones estereotipadas y poco meditadas, puesto que

la validez de la norma y la concreta aplicación del principio no se hace depender de ellas (TSJ de Extremadura, 2018, FJ. 5).

La correcta identificación de las reglas de precaución (hasta ahora ocultas bajo la expresión polisémica de «principio de precaución») y su análisis individualizado constituyen así el primer paso necesario para otorgar un mayor peso al legislador a la hora de conformar su contenido específico en cada ámbito. Se trata además de una tarea esencial si se quiere interpretar adecuadamente cada una de estas normas, evitando algunos de los errores y disparidades cometidos hasta ahora por los tribunales españoles³⁰. En ello, el papel del Parlamento se vuelve esencial: la reserva de ley y el principio de legalidad, que ya mencionamos en el apartado anterior, vuelven a obligar a que la regulación de riesgos propia de cada ámbito descansa con carácter principal en las Cortes Generales, y no pueda abandonarse a reglas recogidas en disposiciones reglamentarias, por la restricción de derechos que la mayoría de las normas de precaución imponen o legitiman.

Aunque el análisis de los presupuestos, los destinatarios y la conducta establecidos de las distintas reglas de precaución no constituye una definición exhaustiva de todas ellas, pueden ayudar a las Cortes Generales a discutir y precisar el contenido de estas reglas más adecuado a cada tipo de riesgo que se quiere prevenir. Se trata de permitir que el Parlamento ejerza correctamente su función legislativa. Es la institución más legitimada y preparada para orientar adecuadamente la gestión de los distintos riesgos mediante normas informadas a la vez por el necesario saber técnico y científico y por los valores de la comunidad, expresados y «negociados» a través de sus representantes.

Estas orientaciones generales deben precisar en cada ámbito el grado de anticipación permitido a las posibles medidas restrictivas frente a cada riesgo, el nivel aceptable de riesgo que se debe asumir (mayor o menor según los bienes o valores protegidos), el concreto bien jurídico que se quiere proteger o los tipos de medidas que se

³⁰ Uno de los errores más llamativos, a nuestro juicio, puede encontrarse en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que aplicó el «principio de precaución» para confirmar la validez de una restricción impuesta por la Administración en ausencia de pruebas suficientes, en un caso donde se sospechaba un posible engaño en las declaraciones de una flota pesquera (TSJ de Madrid, 2014).

consideran legítimas para enfrentarse a cada riesgo (según sus características, su gravedad, la concurrencia de otros intereses, etc.), así como el tipo de incertidumbre científica que se considera relevante³¹. Son cuestiones que no pueden quedar sin definir en las reglas de precaución expresadas en las leyes, ni dejarse al arbitrio del intérprete posterior –Gobierno, Administración u órganos jurisdiccionales–, si se quiere asegurar una mayor racionalidad y legitimidad democrática de las decisiones adoptadas frente a cada posible riesgo.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS NORMAS DE PRECAUCIÓN PARA RECUPERAR EL PAPEL PRINCIPAL DEL PARLAMENTO

Las objeciones a la actual concepción mayoritaria del principio de precaución, los errores en que esta concepción incurre y el papel secundario que asigna al Parlamento se explican, en realidad, por el fundamento en que se ha justificado tradicionalmente el principio hasta ahora. Es necesario reformular este fundamento si se quiere adecuar el papel del Parlamento en la «gestión de riesgos» al diseño institucional previsto en la Constitución, con la centralidad de las Cortes y de la ley que este diseño conlleva.

1. El inadecuado fundamento actual del principio de precaución

1.1. Dos posibles fundamentos para el actual principio de precaución, ambos problemáticos

Son dos los fundamentos posibles actualmente predicados del «principio de precaución». El primero de ellos, de origen sociológico, sería la llamada «sociedad del riesgo», teorizada por el alemán U. Beck a mediados de los años 80 (Doménech, 2006: 30; Zander, 2010: 2). El segundo, de origen filosófico, sería la ética de la responsabilidad, propuesta por H. Jonas en la misma época (Cortina, 2004: 6;

³¹ Entre los estándares disponibles para establecer el grado de anticipación de las medidas pueden citarse la apreciación de unos primeros indicios, de indicios más o menos fundados, de una probabilidad suficientemente conocida, de un grado suficiente de certeza sobre la lesión esperada, etc. Entre los tipos de incertidumbre científica, pueden citarse la ignorancia completa (ni siquiera se es consciente de que un riesgo puede existir), la ausencia de datos sobre un riesgo conocido, la inadecuación de los datos disponibles, la discusión sobre los datos relevantes que se deben tener en cuenta, la disparidad de resultados científicos, etc.

Ramos, 2003: 33-35). Ambos fundamentos, latentes y pocas veces expresados, explican en gran medida la interpretación y aplicación actuales del derecho del riesgo, incluido el Derecho de necesidad frente a los riesgos más graves.

La sociedad del riesgo preconizada por U. Beck se caracterizaba por una modernidad reflexiva, que permitía a los ciudadanos definir por sí mismos los riesgos y presionar para atajarlos frente a los poderes fácticos de la época, técnico-científicos y económicos. Dicha sociedad, que U. Beck percibía en los años 80, ya no necesitaba expertos, científicos o poderes económicos para definir un riesgo, sino que podía hacerlo por sí misma. Esta visión parece hoy superada y el propio autor ha llegado a calificarla posteriormente como una utopía (Beck, 2000: 20). Los riesgos de hoy resultan más mediatizados que nunca, y la percepción de algo como un riesgo por parte de la opinión pública (cada vez más subjetiva, fragmentada y cambiante) o su reconocimiento como tal por parte de los expertos han vuelto a disociarse, si es que alguna vez coincidieron realmente³². Ello no ha impedido reformular la sociedad del riesgo para hacer descansar en ella el actual principio de precaución: los riesgos, omnipresentes y nuevamente mediatizados por órganos expertos, justificarían la creciente intervención de los poderes públicos, especialmente Gobierno y Administración, en situación de incertidumbre.

De forma similar, el imperativo de cautela derivado por H. Jonas de su propia ética de la responsabilidad, parece poco ajustado a la realidad presente, y a la actual concepción del principio de precaución. Por un lado, parece que la catástrofe en la que H. Jonas fundaba su ética, una amenaza de cataclismo global (Jonas, 1984: 41 y 140) no llegó a concretarse, al menos no de manera tan drástica como había pronosticado. Por otro lado, la afirmación metafísica en la que se basa dicha ética (por la cual la existencia de cualquier ser vivo tiene

³² Ello se ha visto reflejado en la aplicación actual del principio de precaución, muy alejada de su inicial concepción como norma diseñada para evitar la parálisis de los Estados frente a la degradación medioambiental. Hoy se asocia a la adopción de medidas inmediatas frente a emergencias que dependen del reconocimiento previo de la situación por parte de autoridades expertas. Unas autoridades que actúan como filtro frente a las recurrentes alarmas suscitadas por la población, y tratan de distinguir los «riesgos reales» de los «ficticios». Así lo atestigua, por ejemplo, el requisito de llevar a cabo una evaluación científica previa antes de la adopción de medidas basadas en el principio de precaución (TPICE, 2002: 157 y 170; TGUE, 2011: 73).

preferencia ontológica sobre su no-existencia) (Jonas, 1979: 42-44), una prioridad valorativa, axiomática e innegociable, solo permitiría defender un principio de precaución anti-catástrofe similar al propuesto por C. R. Sunstein (2005: 114), pero no la norma omnipresente en la que el principio general de precaución se ha convertido, para la protección de bienes y valores jurídicos cuya prioridad sobre otros no puede darse por sentada (la seguridad alimentaria, la protección del patrimonio histórico, la preservación de una especie o la lucha contra un daño medioambiental local, etc.)³³. Sin embargo, vuelve a alegarse la ética de la responsabilidad para justificar la apelación constante al principio de precaución: los poderes públicos se constituyen así en responsables –casi exclusivos– del futuro de la comunidad.

1.2. Objeciones político-jurídicas a los anteriores fundamentos del principio

Además de los problemas apuntados en el apartado anterior, existen objeciones ligadas a la forma de Estado que la «sociedad del riesgo» y la «ética de la responsabilidad» exigirían. Algunos de estos rasgos ya se han materializado parcialmente en la actualidad y afectan, insistimos, a la forma en que se entiende y aplica mayoritariamente el principio de precaución (u otras normas de gestión de riesgos, como las que desarrollan los estados de alarma, excepción y sitio³⁴).

Así, la sociedad del riesgo trastocaría el equilibrio construido en los modernos Estados constitucionales europeos entre el par clásico libertad-seguridad y entre el individuo y la colectividad, que España

³³ Son valores negociables, en el mejor sentido de la palabra, cuya renuncia completa parece difícil porque se encuentran enraizados en la mayoría de los casos en el contenido constitucional, pero bien pueden y deben ser limitados cuando concurren otros valores y derechos (propiedad, libertad de investigación, libertad de empresa, etc.). La jerarquía relativa de estos valores no puede imponerse con base en un principio de autoridad, sino canalizarse a través de las instituciones y argumentarse jurídicamente (lo que no significa necesariamente abandonar criterios esencialistas, pero sí llegar a ellos por otras vías; más por decantación y aproximación dialógica que por demostración lógica).

³⁴ Se ha señalado en ocasiones un cierto solapamiento entre el «viejo Derecho Administrativo sectorial» (en el que -añadimos nosotros- el principio general de precaución se insertaría como principio general del Derecho) y el hasta entonces inexplorado derecho de necesidad concretado en los estados de alarma y excepción (Nogueira, 2020: 22-31).

hizo suyo en la Constitución³⁵. La progresiva toma de conciencia sobre los riesgos y el papel central que éstos adoptan en el discurso social y político amenazan con redimensionar el valor de la seguridad y otorgarle un papel excesivamente amplio en las tareas que los poderes públicos deben desempeñar. El riesgo se convierte en la categoría central del discurso y la acción política.

Ello hace que la legítima expectativa de seguridad de los ciudadanos se transforme en ocasiones, merced a la generalización de la incertidumbre, en una demanda continua de «sentirse» o «percibirse» seguros, que puede resultar poco consistente con otras preferencias, o con las acciones exigidas frente a otros riesgos (Slovic et al., 2000: 119). Se da así una continua brecha entre las expectativas del individuo y las capacidades del Estado, que hacen que la intervención de los poderes públicos no cese de aumentar. Esto aceleraría la creación de un auténtico «Estado tutor», con poder suficiente para intentar evitar cualquier posibilidad de daño, pero en el cual los individuos dejan de sentirse (co)responsables de sus acciones y solo el Estado decide sobre los riesgos que se deben tener en cuenta y su jerarquía relativa³⁶.

Algunos rasgos del actual principio de precaución ya remiten a esta idea, donde la seguridad (o la percepción de seguridad) parece el único fundamento de la intervención del Estado:

(i) la prevalencia de Gobierno y Administración y su amplio margen de discrecionalidad para decidir cuándo y cómo aplicar el principio de precaución;

³⁵ Este equilibrio permite abandonar la concepción del Estado liberal como potencial enemigo de las libertades y garante únicamente de la seguridad física individual (particularmente a través de la actividad de policía de la Administración), para consagrar un concepto más amplio de seguridad, con numerosas facetas: protección de la salud, protección del medio ambiente, acceso a bienes básicos, etc. (Cierco, 2004: 89).

³⁶ El «Estado tutor» supondría la vuelta de la sociedad a esa minoría de edad culpable que E. Kant creía abandonada tras la Ilustración, no tanto por pereza y cobardía como señalaba el pensador alemán, sino por falta de comprensión de aquello que se debe decidir (especialmente cuando se trata de cuestiones con un alto grado de complejidad técnica o científica). En vez de facilitar esta comprensión y comunicar los riesgos de forma adecuada para recibir una valoración social de los mismos, el «Estado tutor» se ocuparía de mantener dicha información indescifrable, compartiendo el poder material y el monopolio del discurso únicamente con expertos e «iniciados». Se trata, en todo caso, de una cuestión de grado: no señalamos que ese modelo de Estado se haya adoptado ya, sino que existen tendencias que apuntan a dicho modelo.

(ii) la difícil compatibilidad entre un principio de precaución de aplicación directa y el principio de proporcionalidad, en el cual había cristalizado hasta ahora el equilibrio entre libertad-seguridad e individuo-colectividad;

(iii) la multiplicación de la aplicación del principio de precaución frente a riesgos «menores» o locales, que extiende el ámbito de actuación administrativa a todo posible riesgo independientemente de su magnitud;

(iv) paralelamente, la postergación del principio en relación con los riesgos catastróficos, existenciales o globales para los que inicialmente fue previsto y para los cuales se requiere un mayor consenso social para el cambio de modelo; o

(v) la invocación en algunos casos de la «preocupación social» como elemento legitimador de la intervención administrativa, como ocurrió en el caso de la enfermedad espongiforme bovina a comienzos de siglo³⁷.

Por su parte, la ética de la responsabilidad de H. Jonas presupone que el fin del Estado sea llevar a cabo actuaciones éticas, es decir, no solo favorecer la virtud de sus ciudadanos (como se predicó en la Antigüedad), sino ser en sí mismo, como entidad jurídica, un agente virtuoso. La ética de la responsabilidad asumiría así la metáfora antropomórfica del Estado para hacer recaer en los poderes públicos el grueso de la actuación ética que reclaman los tiempos presentes: según el propio H. Jonas, el destinatario de su ética es más la colectividad que el individuo, el Estado y los responsables políticos más que los ciudadanos (Jonas, 1984: 12). El Estado, los poderes públicos deben ser responsables, más que facilitar o impulsar la responsabilidad individual y colectiva de la ciudadanía.

No es de extrañar entonces que esta concepción favorezca una revalorización de las élites (políticas, técnico-científicas, etc.) *responsables* por oposición a una masa o multitud *irresponsable*,

³⁷ Un ejemplo puede verse en la Decisión de la Comisión 96/239/CE de 27 de marzo de 1996 por la que se adoptan determinadas medidas de emergencia contra la EEB. El TJCE suavizó esta mención, en favor de una interpretación global de la Decisión, de la que se deducía la voluntad de la Comisión de atajar un riesgo efectivo, y no simplemente de tranquilizar a los consumidores (TJCE, 1998: 42-46).

necesitada de guía para la consecución de su propio bien. Una vuelta al gobierno de las minorías ilustradas, que Platón ya postulara como el mejor de los regímenes, y que toda la ciencia política posterior ha discutido desde entonces hasta la saciedad; incompatible, en todo caso, con un Estado constitucional de corte democrático (Sabine, 1973: 51). En el caso del riesgo, ello se concretaría en una acción de gobierno y administración dirigida por órganos expertos, que regiría el destino de una sociedad alejada de la definición y gestión de sus propios riesgos. El retorno de un paternalismo ilustrado, que buscaría el bien de la sociedad (o, según H. Jonas, de la humanidad) sin contar con la opinión de los individuos que la forman.

De hecho, aunque en este punto se muestra cauto, el propio autor alemán deja entrever que su ética reclama un régimen político no democrático, una tiranía ilustrada, que asegurase la supervivencia de la humanidad imponiendo a la ciudadanía las conductas «necesarias» que esta última no esté dispuesta a asumir por su propia voluntad (Jonas, 1979: 43; 1984: 22). Sería un claro ejemplo de cómo el fin perseguido –la supervivencia de la humanidad– justificaría los medios –la abolición o suspensión del Estado de Derecho, y de los derechos y libertades de los ciudadanos–, o al menos haría de ellos algo inevitable (Scodel, 2003: 365-368)³⁸.

Todas estas formulaciones recuerdan a algunas de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales del principio de precaución que hemos mencionado en apartados anteriores. Fundamentarlo en estas ideas no solo resulta discutible, sino peligroso. Sin embargo, algunos rasgos del principio actual ya remiten a una concepción de este tipo:

- (i) se ha asumido generalmente una aproximación al riesgo descendente, desde unos poderes públicos encargados de definir los riesgos relevantes y hacerles frente, hacia una

³⁸ En palabras del propio H. Jonas: «De lo que estamos hablando hasta ahora son de las ventajas para gobernar de cualquier tiranía, que en nuestro contexto debemos tener la esperanza de que sea una tiranía bienintencionada y bien informada, con ideas correctas»; «En una situación extrema –de sálvese quien pueda–, todas las reglas dejan de resultar aplicables» (Jonas, 1984: 146, 147 y 367); «evitar el desastre tiene prioridad sobre todo lo demás, incluida la búsqueda del bien, y suspende las que serían, si no, reglas y prohibiciones inviolables» (Jonas, 1979: 43).

sociedad pasiva, mera receptora de la protección que se le brinda (Weimer, 2015); Jasanoff, 2002: 376);

(ii) asumiendo la proclamada objetividad del método científico, se ha potenciado el papel central de los órganos expertos, técnicos y científicos en la gestión de riesgos en general, y en la aplicación del principio de precaución en particular (Emerson & Vos, 2009: 2; Carrillo, 2016: 255);

(iii) sin la participación de estos expertos y su «evaluación científica» del riesgo, el actual principio de precaución no solo perdería valor sino que, según algunas resoluciones judiciales, ni siquiera podría ser válidamente aplicado (TGUE, 2018: 62; Tribunal Supremo, 2015, FJ. 3).

2. Hacia un fundamento alternativo del principio y un papel reforzado del Parlamento

2.1. La necesaria institucionalización de las respuestas frente a la incertidumbre

Por vía de la actual interpretación del principio de precaución, y su fundamentación en la existencia de una «sociedad del riesgo» o la necesidad de una «ética de la responsabilidad», se ha ido creando un derecho de excepción paralelo, ordinario y permanente, que permitiría a la Administración excluir el régimen ordinario vigente, sin respetar las garantías del auténtico derecho de necesidad, constitucionalmente previsto y articulado a través de los estados de alarma, excepción y sitio³⁹. Este último resulta más detallado que el genérico «principio de precaución» en cuanto a sus presupuestos, consecuencias, controles y garantías, lo que conlleva una evidente paradoja: el derecho de excepción previsto para situaciones extraordinarias ofrecería mayor protección y seguridad jurídica que un principio llamado a ser aplicado en numerosas situaciones ordinarias. Además, el derecho de necesidad constitucionalmente previsto reserva un mayor papel al Parlamento (en concreto al Congreso de los Diputados, aunque su aplicación actual haya puesto este protagonismo en entredicho), que

³⁹ Como ya profetizara en su día Beck, «el estado de excepción amenaza con convertirse en estado normal» (Beck, 1986: 105-106).

este derecho de excepción permanente u ordinario al que nos hemos referido. Esta paradoja pone de manifiesto que el fundamento jurídico asociado al principio de precaución debe ser reformulado.

Para ello, debe partirse de la concepción del Estado que nuestro texto constitucional ofrece. Aunque solo el artículo 30.4 CE menciona expresamente el concepto de «riesgo», son muchas las disposiciones constitucionales que enmarcan y determinan cómo debe realizarse la gestión de riesgos en general y en algunos sectores en particular⁴⁰. Todas ellas consagran un modelo de Estado basado en el equilibrio institucional entre distintos actores y valores, «un entramado institucional y normativo, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático», en el que destaca no obstante la centralidad de las Cortes (Tribunal Constitucional, 2018d, FJ. 6). Podría decirse incluso que el concepto de síntesis o equilibrio entre libertad y seguridad, y entre las distintas instituciones encargadas de llevar a la práctica dicho equilibrio, es la idea fuerza o motriz que explica gran parte del contenido constitucional⁴¹.

Se ha establecido, por ejemplo:

- (i) un equilibrio o una síntesis entre los valores y bienes colectivos y los derechos e intereses particulares o de grupo (generalmente concretado gracias al principio de proporcionalidad);
- (ii) un equilibrio entre la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y la adopción de las mismas por parte de órganos especializados; o, y esto nos interesa especialmente a los efectos de este trabajo,

⁴⁰ El artículo 30.4 CE no establece directrices sustantivas en cuanto al contenido de la gestión del riesgo, o los deberes y potestades de los propios poderes públicos. Sí establece, en cambio, una garantía formal de especial trascendencia a la que ya se ha hecho referencia: la reserva de ley para estos supuestos.

⁴¹ Esta síntesis no debería ser entendida únicamente como un choque entre ambos valores sino como la construcción de un valor sintético capaz de conjugarlos, aunque de forma inestable: una seguridad orientada a la libertad; y una libertad que construye la seguridad colectiva, a imagen de la síntesis que E. Balibar lee en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano entre igualdad y libertad (Balibar, 2010). Una libertad sin seguridad implicaría la disolución del Estado y la vuelta a las relaciones de poder, donde la fuerza y no el derecho determinarían los riesgos personales y colectivos; una seguridad sin libertad implicaría todo lo contrario, una hipertrofia del Estado y la vuelta a formas autoritarias de poder donde la individualidad se disuelve por el bien de la colectividad.

(iii) un equilibrio entre los distintos poderes del Estado (Legislativo-Ejecutivo, pero también, en una concepción más actual de los mismos, mayoría-minorías o poderes públicos-actores privados) y las diferentes entidades territoriales que lo conforman (división horizontal y vertical de poderes), que rara vez se expresan en barreras infranqueables, y sí en oportunos equilibrios entre cada una de ellas⁴².

Estas síntesis o equilibrios han cristalizado en la progresiva institucionalización del Estado, basada en una democracia deliberativa y, en estrecha conexión, con el fundamento dialógico o deliberativo del propio constitucionalismo (Habermas, 1989: 63-69; Giuffré, 2016: 20). En ambos casos, el rol que el Parlamento está llamado a desempeñar es absolutamente central, como institución capaz de aglutinar distintos intereses, valores y enfoques; o nudo gordiano de toda deliberación con trascendencia pública en el Estado (aquel que quizás bloquea o dificulta alcanzar decisiones en determinados casos, pero que garantiza una pausa reflexiva obligatoria y una cierta discusión de los intereses en juego antes de llegar a adoptarlas)⁴³.

Dentro de este marco, la «gestión» de riesgos por parte de los poderes públicos puede contemplarse como una canalización institucionalizada de los mismos. Persigue así la atribución de funciones diferenciadas a los poderes públicos para asegurar que un riesgo percibido como tal por la comunidad es tenido en cuenta, analizado conforme a criterios objetivos (opiniones expertas, técnicos de gestión de riesgo, etc.) y subjetivos (preferencias de la comunidad, valores constitucionales, etc.), y enfrentado por los poderes públicos en colaboración con la sociedad⁴⁴. Esta respuesta puede consistir

⁴² La moderna separación de poderes exige además otros muchos equilibrios y contrapesos a la hora de enfrentar cada posible riesgo: con intervención de otros órganos constitucionales y órganos auxiliares de control (Tribunal Constitucional, CGPJ, Ministerio Fiscal, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc.), nuevos controles de las minorías y de la oposición parlamentaria, alternancia de partidos y dependencia electoral, incompatibilidades y otros controles personales, etc. (García Roca, 2000).

⁴³ Somos conscientes de la «pérdida de valor social y político de la deliberación» frente a la eficacia, los resultados, la inmediatez y la adhesión emocional a una u otra postura (obtenida mediante eslóganes, imágenes, etc.), pero no por ello creemos que deba dejar de reivindicarse (Astarloa, 2017:161-163).

⁴⁴ El principio de precaución no elimina la contribución de la ciencia a la toma de decisiones (reclama incluso más ciencia), pero la desplaza: no es una ciencia que decide, sino que asesora (Cazala, 2006: 114-115; o Recuerda, 2014: 173).

en esperar a nuevos datos e incluso rechazar de forma razonada la necesidad de adoptar medidas de protección, pero no puede consistir en ignorar pura y simplemente la alerta suscitada por el posible riesgo (ya sea en forma de opiniones científicas minoritarias, alarma social, informaciones publicadas en los medios de comunicación, etc.

A la luz de lo anterior, la «gestión» de riesgos a la que nos hemos referido hasta ahora resulta una pobre expresión para designar aquello que el Estado está llamado a realizar en relación con los distintos riesgos –actuales o potenciales– a los que se enfrenta. Riesgos que no debe simplemente manejar, administrar, organizar o conducir⁴⁵, sino verdaderamente canalizar, absorber y valorar de forma institucionalizada. En cierto modo, como señala García Hom, son riesgos que el Estado debe «negociar», en el sentido más noble posible de la expresión (García, 2005). Se trata de convertir a los poderes públicos en foros de participación-deliberación-ejecución, sin negar la dificultad que ello conlleva (Zining, 2016).

2.2. La recuperación de un papel principal del Parlamento para la negociación de riesgos inciertos

Siendo el principio de precaución una norma específicamente dirigida a lidiar con riesgos inciertos, por oposición a otros principios como los de prevención o reparación, su fundamento jurídico debería ser la absorción institucionalizada de la incertidumbre por parte de los poderes públicos⁴⁶. Montoro Chiner ha llegado a ver en él un equivalente del principio de seguridad jurídica en la era actual (Montoro, 2003: 330). Otros se referirían a esta absorción de incertidumbre

⁴⁵ Son los verbos que la Real Academia de la Lengua emplea para definir la acción de «gestionar». Todos ellos apuntan de manera muy gráfica al significado atribuido a esta expresión en diversos ámbitos, incluido el ámbito jurídico, donde la gestión suele estar asociada a la planificación y decisión de cuestiones poco controvertidas, dependientes únicamente de un saber técnico o especializado.

⁴⁶ Somos conscientes, no obstante, de que «la capacidad del derecho para absorber incertidumbre es limitada» (De Montalvo, 2020: 60), pero no por ello puede renunciarse a este ideal normativo. En todo caso, nos referimos a la absorción de la incertidumbre y no a su eliminación o reducción, porque esta tarea no le corresponde al derecho sino a la ciencia, la tecnología y al avance del conocimiento. Además, la eliminación completa de la incertidumbre resulta por definición imposible, puesto que implicaría (i) desconocer el riesgo de error inherente a dicha afirmación y (ii) ignorar el riesgo derivado de las propias medidas de protección (Embid, 2010b: 89).

como la tramitación de la creciente complejidad de la realidad actual, mediante un Parlamento y una democracia a su vez más complejas (Innerarity, 2020: 23). Solo de esta forma puede llegarse a canalizar un riesgo de cuya existencia y características esenciales todavía se duda fuera del Derecho, pero frente al cual el derecho debe actuar de todos modos. Y solo de esta forma puede consagrarse el principio de precaución como lo que está llamado a ser: un principio general del derecho, con una doble capacidad o vocación para actuar como principio material y formal. Es decir, un principio que combine una protección anticipada de bienes jurídicos relevantes, especialmente aquellos reconocidos a nivel constitucional (medio ambiente, salud, patrimonio histórico, etc.), con la necesaria participación pública y experta para concretar en cada caso dicha protección⁴⁷.

Esta absorción de la incertidumbre tiene que ser pública e institucionalizada porque el papel central en la respuesta a cada riesgo no puede recaer sobre los particulares, pero tampoco exclusivamente sobre los poderes públicos, y mucho menos sobre una Administración delegada en órganos expertos. Es todo el entramado institucional del Estado, dentro del marco constitucional, el que está llamado a integrar los diferentes datos disponibles, canalizarlos y contrastarlos gracias a los medios públicos disponibles. Se trata de buscar una respuesta estable, aceptable para la mayoría de los afectados y de la comunidad en su conjunto, que otorgue un mínimo de seguridad jurídica, aunque sea de forma temporal y sujeta a revisión cuando cambien los datos externos que la motivaron.

En ese contexto, debe recuperarse el protagonismo de las Cortes Generales que el propio texto constitucional reconoce. No pueden quedar al margen de este proceso, ni desempeñar únicamente un papel secundario (mediante una habilitación genérica, una autorización esporádica o un control puramente formal), sino que deben erigirse en foro cualificado donde las opiniones expertas y los valores de la comunidad

⁴⁷ Lo que el derecho debe hacer es aprender a convivir con la incertidumbre, sin renunciar por ello a las certezas que le caracterizan (Montoro, 2005: 128). No se trata por tanto de un derecho sordo a la incertidumbre, que actúa de espaldas a ella (como un sistema totalmente autopoiético), pero tampoco de un derecho *de* la incertidumbre (empleando la expresión de Esteve Pardo en Esteve, 2009: 165), contagiado de la inseguridad y constante cambio del mundo que lo rodea. Se trata de un derecho *frente a* la incertidumbre, capaz de tomar conciencia de ella y transformarla en certezas jurídicas, aunque sean provisionales y vencibles.

(o de los distintos grupos que la conforman) puedan armonizarse y decantarse hasta dar lugar a una norma general y estable que los canalice. Es probablemente la institución con mayor grado de publicidad de todo nuestro sistema constitucional –lo que no significa que no deba avanzarse más hasta alcanzar un verdadero Parlamento abierto (Rubio Nuñez y Vela Navarro Rubio, 2017) y profundizar en el significado de esta publicidad, no necesariamente sinónimo de transparencia (Tudela Aranda, 20: 124-126)– y la única que puede integrar un «interés auténticamente nacional», no meramente mayoritario o partidista, «especialmente respecto de las cuestiones que suelen ser reconocidas por todos como auténticas políticas de Estado (relaciones exteriores, defensa, seguridad y justicia, lucha antiterrorista...))», entre las que añadimos nosotros la negociación, regulación y gestión de los diferentes riesgos que amenazan a una sociedad, especialmente cuando se trata de riesgos inciertos (materia que podría incluirse en un amplio concepto de «seguridad», pero que va más allá) (Astarloa, 2017: 95 y 127).

No se trata de pedir al Parlamento hacer algo que no está preparado para hacer (son necesarias orientaciones generales y una mayor precisión de los equilibrios entre distintos intereses y valores, no respuestas concretas a cada situación que se plantee en torno a cada riesgo), ni de sustituir las responsabilidades técnicas y políticas del Gobierno, especialmente en situaciones de urgencia (lo que no impide que el Parlamento pueda legislar con notable urgencia si fuera necesario), sino de recuperar el papel legitimador del Parlamento y recordar el peso que ineludiblemente debe tener en la regulación del riesgo dentro de un Estado constitucional basado en un modelo de democracia representativa (Astarloa, 2017: 199, 408, 415 y 434). Pese a que el Parlamento (e incluso el Derecho en general) ya no puede ser considerado el gran «dispensador de certezas», creemos con B. Pendás (1990: 78) que sigue siendo posible una aportación muy fructífera de esta institución en ese sentido, especialmente en un ámbito como la regulación de riesgos inciertos: se trata de recuperar la importancia de la seguridad jurídica y la legalidad, a través del Parlamento, para una nueva aproximación al riesgo⁴⁸.

⁴⁸ En ese sentido, resulta difícil de entender una dejación de las funciones de control tan llamativa como la aprobada el 29 de octubre de 2020 (prórroga de 6 meses del estado de alarma, con escaso control del Parlamento y delegación de poderes a los órganos ejecutivos

V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA EL PARLAMENTO DERIVADAS DE UNA VISIÓN ALTERNATIVA SOBRE LAS NORMAS DE PRECAUCIÓN

El fundamento alternativo que proponemos para el principio general de precaución y las reglas que de él se derivan no es una cuestión puramente teórica, sino que tendría consecuencias prácticas inmediatas. Debería conllevar, de hecho, algunas mejoras necesarias para el Parlamento en su relación con los diversos riesgos que la sociedad está llamada a afrontar.

1. Mejora de la técnica legislativa frente a los riesgos inciertos

1.1. Imprecisiones actuales en la regulación de riesgos inciertos

Uno de los mayores problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas de precaución (ya sea el principio general de precaución o las reglas de precaución a las que nos hemos referido en apartados anteriores) es la imprecisión con la que dichas normas se encuentran reflejadas generalmente en el derecho positivo. La distinción entre las distintas reglas de precaución (según sus presupuestos –riesgos inciertos o causas inciertas–, destinatarios públicos o privados, estableciendo mandatos o potestades de uso facultativo por parte de los poderes públicos) queda en muchas ocasiones desdibujada en los propios enunciados normativos que establecen dichas reglas. Estos enunciados son todo lo contrario a esa expresión tasada y singularizada de los requisitos necesarios para ejercer una potestad ablatoria por parte de Gobierno y Administración que la doctrina y los Tribunales han reclamado tradicionalmente (Santamaría Pastor, 1988: 196-204; García de Enterría y Fernández, 2013: 482-497). De hecho, en la mayoría de los casos, los enunciados normativos son tan ambiguos que podrían referirse a cualquier tipo de Regla de precaución, o incluso dar cabida por vía interpretativa a dos tipos de reglas contrapuestas (como lo son, por ejemplo, las reglas frente a riesgos inciertos y aquellas frente a causas inciertas)⁴⁹.

de las comunidades autónomas y coordinación del Gobierno), a la que nos hemos referido más detalladamente en la Introducción.

⁴⁹ Véanse por ejemplo los arts. 3.d LGSP o 10.a RD 1801/2003.

A esta imprecisión generalizada de los enunciados de este tipo de normas, se suma la imprecisión inherente a los dos conceptos principales que dichas normas emplean para describir sus presupuestos: riesgo e incertidumbre científica. Desde ámbitos tan diversos como la sociología o la gestión técnica de riesgos, hasta la propia doctrina jurídica (especialmente en Alemania), los significados atribuidos al concepto de «riesgo» no pueden ser más dispares: probabilidad cierta multiplicada por el daño esperado ($p \times d$), mera posibilidad de daño, daño que se cree poder evitar (frente a los «peligros», que serían daños ajenos a la voluntad de los actores), daño del que se desconoce el porcentaje de probabilidad de que pueda suceder (frente a aquellos «peligros» cuya probabilidad se conoce), etc. (Hansson, 2005; Van Asselt et al., 2009: 360; Doménech, 2006: 255).

Por su parte, la incertidumbre científica puede hacer referencia a situaciones tan diferentes como la ausencia total de datos sobre el posible riesgo, el desconocimiento parcial de alguna de sus características, la inadecuación de los datos disponibles a los interrogantes que los poderes públicos se plantean, la ausencia de consenso en el seno de la comunidad científica sobre las características del posible riesgo o, incluso, sobre su existencia real, etc. (Stirling, 2007: 310; Bourguignon, 2015: 7)⁵⁰. Estas ambigüedades no se han traducido hasta ahora en una mayor precisión de las reglas de precaución, sino todo lo contrario: han servido para amparar actuaciones administrativas extremadamente diversas mediante enunciados normativos cada vez más genéricos⁵¹.

⁵⁰ Un ejemplo que ilustra la ambigüedad denunciada puede verse en el art. 7.3 de la Ley de Seguridad Alimentaria, según el cual «cuando se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud de carácter crónico o acumulativo, y siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales para asegurar la protección de la salud, que serán proporcionadas y revisadas en un tiempo razonable a la luz del riesgo contemplado y la información científica adicional que resulte pertinente». ¿Quién debe observar dicha posibilidad? ¿Qué grado de probabilidad se exige a los posibles efectos para justificar la adopción de medidas? ¿Qué tipo de medidas se pueden adoptar? ¿Qué criterios determinan lo que constituye un tiempo razonable para revisarlas a la luz del riesgo y de la información científica?, etc.

⁵¹ Las habilitaciones excesivamente genéricas también pueden encontrarse en normas más antiguas, y fuera del contexto de incertidumbre científica que justifica el recurso a las normas de precaución. Por ejemplo, en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

1.2. Revalorizar los conceptos jurídicos y la técnica legislativa para enfrentarse a fenómenos extrajurídicos

La imprecisión observada en la formulación de las distintas reglas de precaución que desarrollan el principio general de mismo nombre no significa solamente un déficit desde el punto de vista de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, al que hicimos referencia en apartados anteriores (en relación con una interpretación todavía más amplia del «principio de precaución», que omite directamente la necesidad de concretarlo en reglas). Supone también, sobre todo, un déficit democrático y de deliberación a la hora de enfrentarse a las posibles lesiones futuras, todavía no acreditadas con certeza, que un bien o valor jurídico protegido pueda llegar a sufrir. Ello implica que el Parlamento no se pronuncie expresamente sobre cuestiones tan relevantes como el nivel de riesgo que una sociedad está dispuesta a asumir en cada ámbito, los criterios que deben guiar la fijación de dicho umbral, las circunstancias concretas que justifican una intervención más incisiva de los órganos del Poder Ejecutivo para asegurar la protección de un bien jurídico, el tipo de medidas que pueden adoptarse en cada caso o la jerarquía relativa de los distintos bienes o valores en juego cuando dichas medidas sean adoptadas.

Los enunciados genéricos que atribuyen potestades ablatorias a Gobierno y Administración hacen que estos últimos gocen de un amplísimo margen de discrecionalidad, solo controlable por jueces y tribunales mediante el principio de proporcionalidad. La ausencia de una guía suficiente por parte del legislador para llevar a cabo dichas actuaciones relega así a un segundo plano a la institución más capaz y legitimada para adoptar las decisiones políticas a las que nos hemos referido, aunando al mismo tiempo criterios técnicos y científicos, con las preferencias expresadas y debatidas en sede parlamentaria por los representantes de la comunidad.

Para llevar a cabo este debate, suficientemente informado por el saber técnico y científico necesario según el tipo de riesgo de que se trate, podrían recuperarse algunas fórmulas jurídicas más tradicionales, que devuelvan al Parlamento el conocimiento y la capacidad de fijar criterios consistentes para la lucha contra el riesgo dentro de cada sector, y coherentes entre los diferentes riesgos. En nuestro caso, proponemos abandonar la ambigua terminología de «riesgo»

e «incertidumbre científica» al elaborar las normas de precaución frente a los distintos riesgos, y recuperar en cambio las expresiones de «indicio» y «lesión a un bien jurídico». Ello permitiría debatir en cada caso el grado de anticipación de las medidas de protección que se quiere amparar en cada ámbito (la solidez de los indicios exigido) y el tipo o la gravedad de la lesión que justificaría su adopción. Además, al tratarse de expresiones más familiares para los poderes públicos, se facilitaría de esta forma una aplicación de las medidas más consistentes y, sobre todo, más fácilmente controlable por los tribunales a posteriori. Ello permitiría reforzar el papel del Parlamento en este ámbito, y recuperar así la importancia de la deliberación y agregación de valores en el ámbito de la «gestión» del riesgo, delegada hasta ahora casi exclusivamente en manos del Ejecutivo.

2. *Evaluación de los posibles riesgos inciertos: la necesidad de revitalizar el procedimiento legislativo*

2.1. La evaluación «técnica» asociada al actual principio de precaución

Además de las mejoras necesarias en relación con la técnica legislativa, a la hora de elaborar las reglas de precaución, deben reforzarse las evaluaciones técnicas y científicas previas necesarias para regular una materia en sede parlamentaria. La evaluación técnica y científica es, de hecho, uno de los pocos presupuestos sobre los que existe acuerdo a la hora de aplicar el «principio de precaución», por lo que debería extenderse también a la elaboración de las reglas inspiradas en dicho principio. Si bien los requisitos de evaluación *ex ante* para la elaboración de disposiciones generales no han cesado de aumentar en los últimos tiempos, parece que se han concentrado sobre todo en la elaboración de normas de rango reglamentario y la iniciativa legislativa gubernamental –muchas veces de forma específicamente centrada en la regulación y gestión de riesgos– (Revuelta, 2014: 120).

En dicho ámbito, el principio general de precaución puede inspirar nuevas normas de procedimiento para asegurar una mejor técnica legislativa en sede parlamentaria (o para orientar la interpretación de las ya existentes, en lo que al procedimiento legislativo se refiere). De hecho, al interpretar el principio de precaución en

España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006 ya señaló que la elaboración de normas generales frente a riesgos inciertos debía basarse como mínimo en una fase de identificación y evaluación científica de dichos riesgos. Sin embargo, no parece que las apreciaciones del Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de abril de 2006 modifiquen estos requisitos, ni constituyan un parámetro de control adicional respecto de la validez de las normas inspiradas por el principio de precaución⁵². Además, este requisito no resulta fácil de asimilar o armonizar con las exigencias de evaluación previa existentes hasta ahora⁵³, salvo que se entienda incluido dentro del análisis de coste y beneficio de cada disposición, que las normas sectoriales pueden hacer preceptivo⁵⁴.

Pese a ello, puede entenderse que el deber de formular una precisa identificación y evaluación del riesgo se inserta en el requisito general de justificación impuesto por el artículo 1.a) 2º RD 931/2017 (por remisión al art. 129 de la Ley 39/2015), especialmente si se tiene en cuenta que dicho deber incluye la necesidad de justificar el cumplimiento, entre otros, de los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad o seguridad jurídica de la norma elaborada (principios todos ellos que reclamarían, en estos casos, una identificación lo más precisa posible de los hechos a los que la norma pretende aplicarse y, por tanto, del riesgo potencial o actual frente al cual la norma busca proteger a la sociedad)⁵⁵. El deber más específico de

⁵² De hecho, tras hacer referencia a la identificación y evaluación de los riesgos, la sentencia señala que «concluido éste [el proceso de elaboración de la norma], la libertad de configuración normativa y el grado de discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria no pueden ser ignorados» (FJ. 12).

⁵³ Esta obligación es difícil de armonizar con el carácter facultativo que el RD 931/2017 y la Ley del Gobierno otorgan a los informes y dictámenes previos a la elaboración de un proyecto de ley (a salvo de conocidas excepciones, como el impacto presupuestario, de género, infancia, adolescencia o familiar). De hecho, según la Guía metodológica para la elaboración de la MAIN de 11 de diciembre de 2009, existe «total libertad del centro proponente» para incluir, o no, otros impactos (p. 34).

⁵⁴ Así se ha apreciado también a nivel de la Unión Europea (TGUE, 2018: 170). El análisis de coste y beneficios, de otras alternativas viables frente a cada posible riesgo o la forma más eficaz y eficiente de enfrentarse a ellos son una parte esencial de la técnica legislativa (Mercado Pacheco, 2013: 100), que las normas de precaución deben cuidar especialmente para absorber parte de la incertidumbre científica y técnica que pretenden regular.

⁵⁵ Este artículo no es aplicable a las iniciativas legislativas de los Gobiernos autonómicos, por entenderse que ello sería contrario al orden constitucional de competencias.

motivación establecido en el artículo 5.1 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) abogaría en el mismo sentido.

También podría entenderse, en algunos casos, que la evaluación científica del riesgo debe acompañarse a los proyectos y las proposiciones de ley por imperativo de los artículos 88 CE y 124 RCD, como parte de los antecedentes que necesariamente deben acompañarlos. Estos antecedentes suponen, en efecto, un elemento de juicio esencial sin el cual el legislador no puede adoptar una disposición o decisión razonada, y entre ellos podría entenderse comprendida la evaluación científica del riesgo en estos supuestos. Aunque su ausencia podría denunciarse políticamente ante las Cámaras, no tendría trascendencia jurídica posterior en cuanto a la validez de la ley que finalmente fuera aprobada, si las propias Cámaras entienden explícita o implícitamente que el antecedente en cuestión no resultaba esencial para la elaboración de la norma (Tribunal Constitucional, 1986, FJ. 3). Ello no impide que la Mesa del Congreso pueda y deba inadmitir aquellos proyectos de ley que no vengan acompañados de la preceptiva exposición de motivos o de los antecedentes exigibles en cada caso (basándose, claro está, en un juicio puramente formal, no material en cuanto al contenido de la futura ley) (Álvarez Vélez, 2017: 55-56).

Todo ello debe entenderse además sin perjuicio del derecho que asiste a los diputados y senadores, y la competencia de las comisiones de Congreso y Senado, para recabar de las Administraciones Públicas cualesquiera datos, informes o documentos que obren en su poder o resulten necesarios en el procedimiento de elaboración de una norma (arts. 7 y 44 RCD; arts. 20 y 67 RS). El incumplimiento de estas solicitudes sí podría llegar a tener trascendencia jurídica. Como puede comprobarse, las exigencias de evaluación previa aplicables a la elaboración de leyes en sede parlamentaria no son fáciles de armonizar con las exigencias tradicionalmente asociadas a la aplicación del «principio de precaución» (o, más precisamente, a la elaboración de normas inspiradas en él), pero pueden dar cabida a dichas exigencias –identificación del riesgo incierto, caracterización del mismo en la medida de lo posible, evaluación técnico-científica de

Como ha criticado la doctrina, las exigencias ligadas a una correcta técnica normativa no siempre han sido controladas con el rigor que merecen (Astarloa, 2015: 92-96).

los datos disponibles— si se interpretan a la luz del principio general de precaución.

En todo caso, la elaboración de normas específicas que permitan e impongan la necesaria evaluación científica de los riesgos existentes antes de abordar su regulación sería altamente deseable, ya sea en los momentos iniciales de cada proyecto (asumiendo la línea general existente hasta ahora, que parece limitar las obligaciones para una mejor técnica legislativa a los anteproyectos de ley) o en momentos intermedios (a través de una mayor aportación de expertos técnicos y científicos al procedimiento legislativo). De hecho, esta evaluación debería extenderse a momentos posteriores a la aprobación de la ley, para valorar su eficacia e impacto, así como posibles cambios en el estado de los conocimientos científicos que justifiquen su modificación, especialmente en un contexto de incertidumbre como aquel que las normas de precaución pretenden regular (De Montalvo, 2016: 142).

2.2. La necesidad de ampliar la evaluación y complementarla con una mayor deliberación, especialmente en sede parlamentaria

Aunque acabamos de anticiparlo, nos gustaría incidir sobre algunas mejoras necesarias que podrían ayudar a concretar la eficacia del principio general de precaución a la hora de elaborar leyes que contengan reglas de precaución, o cualquier otra norma reguladora de un concreto riesgo incierto. Si, como hemos venido argumentando, el Parlamento es la institución mejor situada en un Estado constitucional para agregar los valores de la comunidad política y los datos técnicos y científicos necesarios para adoptar orientaciones generales frente a cada posible riesgo, especialmente aquellos a largo plazo que no exigen una respuesta inmediata por parte de los poderes públicos, la forma de funcionar del Parlamento y su organización deberán reflejarlo de alguna forma.

Hasta el momento, el análisis previo de los hechos sobre los que actuaría una futura ley se produce sobre todo, como dijimos, cuando la iniciativa proviene del Gobierno, gracias a las normas de técnica legislativa aplicables a los anteproyectos de ley y la necesaria memoria de análisis de impacto normativo que, si se realiza de forma seria y exhaustiva, puede aportar datos muy valiosos en cuanto a la

incidencia de la futura norma y su consistencia con otras normas del sector. Sin embargo, este análisis no se produce con tanta intensidad en el caso de las proposiciones de ley, que solo deben acompañarse de una exposición de motivos y antecedentes –sin especificar– en el caso del Congreso (art. 124 RCD) y una mínima exposición justificativa en el Senado (en este caso solo acompañada de memoria económica, ni siquiera de una evaluación científica o técnica de los datos disponibles para la elaboración de la proposición de ley, ex art. 108 RS). Aunque la mayoría de las iniciativas que luego son aprobadas como ley provienen históricamente del Gobierno (Astarloa, 2017: 165), la menor exhaustividad de las proposiciones de ley en cuanto a su justificación puede afectar seriamente a alguna de las reglas de precaución que finalmente resulten aprobadas.

Será por lo tanto en sede parlamentaria cuando deba colmarse esta relativa ausencia de evaluación previa en el caso de las proposiciones de ley, y complementar aquella realizada para el Gobierno antes de la presentación de sus proyectos de ley. Para ello, la estructura de comisiones actual de Congreso y Senado está bien adaptada para analizar con detalle la consistencia de las futuras leyes con los riesgos enfrentados en cada sector, puesto que suele ser la homogeneidad o afinidad de una materia con otras la que explique la propia existencia de una comisión: Comisiones de Sanidad y Consumo, de Ciencia, Innovación y Universidades, de Transición Ecológica y Reto Demográfico, de Defensa en el Congreso, Comisiones de Industria, Turismo y Comercio, de Defensa, de Ciencia, Innovación y Universidades en el Senado, etc. Estas comisiones pueden tener una adecuada visión de conjunto sobre su materia, y analizar con detalle cómo integrar una regla de precaución dentro del conjunto de normas que la regulan. Sin embargo, están difícilmente equipadas (no están pensadas para ello) para analizar e integrar cada regla de precaución o cada norma de «gestión» de un riesgo específico en el sistema general de regulación de riesgos del Estado. Es decir, es imposible o muy difícil para estas comisiones comparar una regla de precaución frente a un concreto riesgo (por ejemplo, contra un riesgo sanitario) con las normas de precaución existentes frente a otros riesgos (por ejemplo, riesgos medio ambientales, riesgos tecnológicos, etc.).

Aunque podría argumentarse que todos estos riesgos tienen escasa relación entre sí, la comparación de estas normas de precaución es esencial si se quiere (i) priorizar adecuadamente las respuestas a los distintos riesgos, según su grado de importancia (por su gravedad, inminencia, irreversibilidad, etc.), (ii) legislar de forma más consistente, estableciendo respuestas similares para riesgos similares, y respuestas diferentes para riesgos dispares (evitando además, de esta forma, respuestas desproporcionadas frente a determinados riesgos, o inferiores a las necesarias frente a otros); o (iii) adoptar las mismas formas de abordar, analizar y diseñar respuestas frente a cada riesgo, para evitar que solo se realice una evaluación técnica y científica de algunos, o que solo se establezcan estructuras de seguimiento frente a otros, por ejemplo. Para todo ello, una comisión transversal en materia de riesgos podría tener efectos positivos, probablemente como comisión permanente no legislativa en el Congreso o como comisión mixta permanente, para armonizar todas estas cuestiones y hacer que el diseño regulatorio frente al riesgo en España sea más coherente y consistente (a imagen de la Comisión Mixta de Seguridad Nacional, por ejemplo, que armoniza la respuesta a unos riesgos muy particulares, los más graves, que afectan a la seguridad nacional del Estado).

Otros autores han subrayado con carácter general la necesidad de potenciar comisiones parlamentarias especializadas ante la creciente complejidad de las materias técnicas y científicas que se deben regular o crear órganos expertos de evaluación científica dentro del propio Parlamento, incrementar los servicios de estudios, las audiencias y el intercambio de información con otras instituciones (Costa et al., 2004). Una oficina parlamentaria sobre ciencia y tecnología, a imagen de la que ya existe en otros Parlamentos, sería en ese sentido bienvenida (Astarloa, 2017: 373-374).

Dentro del procedimiento legislativo, debe potenciarse también la participación ciudadana (a través, por ejemplo, de asociaciones, grupos de afectados o empresas a las que se aplicarán las futuras restricciones) a la hora de legislar sobre un posible riesgo, así como las comparecencias e informes de técnicos y científicos expertos sobre la materia regulada. La «transparencia de la ley» (Arce, 2013) debe conllevar necesariamente su permeabilidad a los actores

sociales, a los técnicos y expertos, a la propia ciudadanía... Se trata de que el Parlamento pueda asegurar el fundamento alternativo que hemos propuesto para el principio general de precaución: la canalización institucionalizada de la incertidumbre, a través de la adecuada conjunción entre el saber técnico o científico de los expertos y las preferencias y valores de la propia comunidad.

VI. CONCLUSIÓN Y ¿CIERRE?

Los riesgos ordinarios y extraordinarios a los que la sociedad se enfrenta no han cesado de multiplicarse. Frente a ellos, como hemos visto, el principio general de precaución se ha erigido desde hace algunas décadas en norma vertebradora e inspiradora de la actual regulación sobre gestión de riesgos, especialmente en contextos de incertidumbre. Sin embargo, su incorrecta interpretación y un fundamento erróneo de la norma han hecho que el Parlamento se vea cada vez más relegado en la lucha frente al riesgo, hasta hacerla descansar casi exclusivamente en el Poder Ejecutivo.

Lo que se echa en falta entonces, en el ámbito de la regulación de riesgos, especialmente cuando resultan científicamente inciertos, dudosos o discutidos, es algo que no resulta especialmente original. Se trata de otorgar al Parlamento el peso que la propia Constitución le ha reservado para configurar las orientaciones generales de una comunidad política frente a las amenazas que se ciernen sobre ella, o sobre los bienes y valores jurídicos relevantes que la propia comunidad quiere proteger. Para ello, serían deseables algunas reformas del procedimiento legislativo (para hacer más fácil, y a la vez obligar a realizar, una identificación y evaluación de riesgos más exhaustiva e informada), así como reivindicar la importancia de la ley como instrumento normativo por excelencia para anticipar la respuesta a los distintos riesgos posibles, habilitando al Gobierno y a la Administración a restringir derechos y adoptar las medidas necesarias en cada caso según el criterio fijado de antemano por el legislador. No es una cuestión de todo o nada, sino de grado: el protagonismo del Parlamento que defendemos solo trata de reequilibrar unas funciones actualmente descompensadas entre los distintos poderes del Estado en el ámbito de la gestión de riesgos.

Somos conscientes de que estos cambios no bastan. El fundamento alternativo que proponemos para el principio de precaución y los cambios asociados al mismo deben reflejarse en el funcionamiento de todas las instituciones públicas, no solo del Parlamento. Se requiere, por ejemplo, una Administración ágil y flexible para responder a los casos más urgentes pero capaz además de integrar opiniones diversas, desde las más técnicas a las generadas por la opinión pública, a través de mecanismos participativos y estrategias de gestión a corto y largo plazo. También se necesitan órganos jurisdiccionales que ejerzan de forma efectiva su labor de revisión, precisando los elementos reglados que la Administración debe respetar y controlando el ejercicio de su discrecionalidad a la luz de los principios generales del derecho, en ámbitos especialmente técnicos y complejos. Se adivinan así otros retos importantes en este ámbito, como mejorar la comunicación de riesgos, hacer de su gestión una tarea más integrada y participativa, en una aproximación menos descendente, o asegurar la cooperación entre los diferentes actores públicos y privados, especialmente en los Estados compuestos, para garantizar respuestas más eficaces, rápidas y consistentes ante cada posible riesgo.

Nuestra postura no busca volver a una perniciosa idealización de la ley, pero sí recordar su importancia en un sistema constitucional como el español y la centralidad del Parlamento que ésta conlleva, muchas veces olvidadas en este concreto ámbito de la lucha frente al riesgo. Solo así puede asegurarse que sea la propia comunidad política, a través de sus representantes, la que fije la respuesta deseada frente a cada tipo de riesgo y, por extensión, el grado de protección y el equilibrio con otros intereses que está dispuesta a asumir como sociedad. Dicha respuesta no puede descansar en una tecnocracia experta en un determinado saber, pero ciega a otros muchos valores e intereses en juego, expresada a través de la Administración y la acción del Gobierno (una tendencia que, desgraciadamente, no ha cesado de aumentar en los últimos tiempos, en detrimento de la función parlamentaria).

Se debe huir así, también frente al riesgo, de la «dictadura constitucional» a la que hacía referencia Schmitt y de una peligrosa hipertrofia del tradicional principio *salus populi suprema lex esto* (que el moderno «principio de precaución» parece haber resucitado en contextos de incertidumbre), para recuperar un derecho más fuerte

y complejo frente a la incertidumbre. El Estado constitucional no puede dejar de serlo por grandes que sean los riesgos enfrentados, ni perder sus hondas raíces garantistas, democráticas y sociales. Así lo recordó de forma especialmente elocuente y fundada I. Astarloa en su reciente discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, bajo el sugerente título de «La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador» (en la sesión solemne de toma de posesión de su medalla de número, celebrada el 23 de noviembre de 2020). Un conocimiento más exhaustivo y la reformulación de las normas de precaución y su fundamento, aunque no bastan, ayudarían a abordar este imperioso reto de nuestro tiempo, en línea con lo apuntado en el presente artículo. La tarea y la lucha por recuperar el protagonismo de las Cortes en este ámbito no ha hecho más que comenzar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1995). *Recht, Vernunft, Diskurs*. Suhrkamp.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2017). La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex ante. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), pp. 55-56
- ARCE JANÁRIZ, A. (2013). La transparencia de la ley. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (5).
- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000). *Seguridad Jurídica: una teoría formal*. Dykinson.
- ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (dir.) & MARAÑÓN GÓMEZ, R. (coord.) (2021). *El Parlamento en los tiempos de la pandemia*. Dykinson.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (dir. y coord.) (2015). *Técnica normativa 2016-2017*. Francis Lefebvre.
- (2017). *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*. Iustel.
- AUDIENCIA NACIONAL (2010) Sentencia de 29 de septiembre de 2010.
- BALIBAR, E. (2010). *La proposition de l'égaliberté*. Presses Universitaires de France.
- BARCELÓ ROJAS, D., DÍAS RICCI, S., GARCÍA ROJA, J. & GUIMARAES TEIXERA ROCHA, M. E. (2020). *Covid 19 y parlamentarismo*. UNAM.
- BECK, U. (1986). *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Suhrkamp.
- (2000). Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo. Trad. A. Santos Aubeyzón. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, (30), pp. 9-20.

- BERBEROFF AYUDA, D. (dir.) (2004). *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español*. Consejo General del Poder Judicial.
- BOURGUIGNON, D. (2015). *The precautionary principle: definitions, applications and governance*, European Parliamentary Research Service.
- BOY, L. (1999). La nature juridique du principe de précaution. *Nature, Sciences, Sociétés*, 7(3), pp. 5-11.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2016). Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental. *Revista de Fomento Social*, (71), pp. 247-259.
- CAZALA, J. (2006). *Le principe de précaution en Droit international*. Anthemis.
- CHAREST, S. (2002). Bayesian approaches to the precautionary principle. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 12(2), pp. 265-292.
- CIERCO SEIRA, C. (2004). El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español. *Revista de Administración Pública*, (163), pp. 73-126
- COMISIÓN EUROPEA (2000). Comunicación sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=ES>.
- CORTI VARELA, J. (2017). El principio de precaución en la jurisprudencia internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1), pp. 219-243
- CORTINA, A. (2004). Fundamentos filosóficos del principio de precaución. En C. M. ROMEO CASABONA, *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares.
- COSTA, O. KERROUCHE, E. & MAGNETTE P (eds.) (2004). *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe*. Editions de l'Université de Bruxelles.
- DE CÓZAR ESCALANTE, J. M. (2005). Principio de precaución y medio ambiente. *Revista Española de Salud Pública*, 79(2), pp. 133-144.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2016). Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente. *Revista de las Cortes Generales*, (97-99), pp. 79-184.
- (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), pp. 139-177
- (2020). *Bioconstitucionalismo: una reflexión sobre la edición genómica desde (y para) la teoría del Derecho constitucional*. Thomson Reuters Aranzadi.

- DE SADELEER, N. (2001). Le statut juridique du principe de précaution en Droit communautaire: du slogan à la règle. *Cahiers de droit européen*, 37 (1-2), pp. 91-132.
- (2017). Le principe de précaution dans le droit de l'Union européenne. *Revue française de droit administratif*, 33(6), pp. 1025-1038.
- DE TORRES SOTO, M. L. (2017). El principio de precaución como principio general del derecho. *Revista Española de Derecho Militar*, (108), pp. 85-152
- DELGADO DEL SAZ, S. (2017). *Vorsorge als Verfassungsprinzip im europäischen Umweltverbund: Rechtsvergleichende Überlegungen am Beispiel der Risiken der Mobilfunkstrahlung*. Mohr Siebeck.
- DI FABIO, U. (1994). *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*. J. C. B. Mohr.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006). *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DUEÑAS CASTRILLO, A. I. (2021). Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por COVID-19. En *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- DWORKIN, R. (1996). *Taking rights seriously (8ª ed.)*. Duckworth
- EMBID TELLO, A. E. (2010a). El principio de precaución. En J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del Derecho administrativo* (pp. 1221-1254). La Ley.
- (2010b). *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Iustel.
- EMERSON, M. y VOS, E. (2009). The scientification of politics and the politicisation of science. En *Uncertain risks regulated* (pp. 1-17). Routledge.
- ESTEVE PARDO, J. (2004). La operatividad del principio de precaución en materia ambiental. En *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español* (pp. 191-214). Consejo General del Poder Judicial.
- (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo I (13ª ed.)*, Civitas.
- GARCÍA HOM, A. (2005). *Negociar el riesgo*. Ariel.
- GARCÍA ROCA, J. (2000). Del principio de la división de poderes, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (108), pp. 41-75.
- GARCÍA ROCHA, P. (2020). Diez claves para la correcta articulación del procedimiento legislativo en lectura única. *Revista de las Cortes Generales* (108), pp. 177-222.

- GIUFFRÉ, C. I. (2016). Tres modelos normativos de estado: separación estricta de poderes, checks and balances y democracia deliberativa. *República y Derecho*, 1(1), pp. 1-37.
- HABERMAS, J. (1989). La soberanía popular como procedimiento. Trad. B. Echevarría. *Cuadernos Políticos*, (57), pp. 53-69.
- HANSSON, S. O. (2005). Seven Myths of Risk. *Risk Management*, 7(2), pp. 7-17
- INNERARITY, D. (2020). *Una teoría de la democracia compleja*. Galaxia Gutenberg.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. y Rebollo Puig, M. (2003). El principio de precaución y la defensa de los consumidores. Derecho administrativo, ciencia y tecnología. *Documentación administrativa*, (265-266), pp. 185-236.
- JASANOFF, S. (2002). Citizens At Risk: Cultures of Modernity in the US and EU. *Science as Culture*, 11 (3), pp. 363-380.
- JONAS, H. (1979). Toward a Philosophy of Technology. *The Hastings Center Report*, 9(1), pp. 34-43.
- (1984). *The Imperative of Responsibility: in Search of an Ethics for the Technological Age*. Trad. H. Jonas y D. Herr. The University of Chicago Press.
- MAJONE, G. (2002). What Price Safety? The Precautionary Principle and its Policy Implications. *Journal of Common Market Studies*, 40(1), pp. 89-109.
- MANSON, N. A. (2002). Formulating the precautionary principle. *Environmental Ethics*, (24), pp. 263-274.
- MARCHANT, G. E. y MOSSMAN, K. L. (2004). *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*. The AEI Press
- MERCADO PACHECO, P. (2013). Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pp. 85-108.
- MONTORO CHINER, M. J. (2003). Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos. *Documentación Administrativa*, (265-266), pp. 319-364
- (2005) Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. Agentes que intervienen en la evaluación del riesgo. En especial, los comités científicos. En M. CASADO y M. J. BUXÓ (coords), *Riesgo y Precaución: pasos hacia una bioética ambiental* (pp. 125-136). Residència d'Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya.
- MORRIS, J. (2000). Defining the precautionary principle. En J. MORRIS, *Rethinking Risk and the Precautionary Principle* (pp. 1-22). Butterworth-Heinemann

- MOYA MARCHI, F. (2013). *El principio de precaución*. Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista*, (86-87), pp. 22-31.
- PALAZZANI, L. y MARINI, L. (eds.) (2008). *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*. Studium.
- PEEL, J. (2005). *The precautionary principle in practice: environmental decision-making and scientific uncertainty*. The Federation Press.
- PENDÁS GARCÍA, B. (1990). Procedimiento legislativo y calidad de las leyes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10 (28), pp. 75-110.
- PÉREZ LUÑO, A-E. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, (15), pp. 25-38.
- RAMOS TORRE, R. (2003). Al hilo de la precaución: Jonas y Luhmann sobre la crisis ecológica. *Política y Sociedad*, (40), pp. 33-35.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020). *Diccionario de la lengua española (23.ª ed.) [versión 23.4 en línea]*. <https://dle.rae.es>
- RECUERDA GIRELA, M. A. (2014). Los principios generales del derecho alimentario europeo. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (26), pp. 167-190.
- REVUELTA PÉREZ, I. (2014). Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (193), pp.83126.
- REY MARTÍNEZ, F. (2013). Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (5).
- RIPOLLÉS SERRANO, R. (2020). Las Leyes Ómnibus no quiebran per se el principio de seguridad jurídica... *Revista de las Cortes Generales*, (108), pp. 377-396.
- ROMEO CASABONA, C. M. (ed.) (2004). *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares.
- ROSANVALLON, P. (2009). *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Trad. H. Cardoso. Ediciones Manantial.
- RUBIO NUÑEZ, R. y VELA NAVARRO-RUBIO, R. (2017). *Parlamento abierto. El Parlamento en el siglo XXI*. UOC.
- SABINE, G. H. (1973). *A History of Political Theory*, 4ª ed. The Dryden Press.
- SAINZ MORENO, F. (1995). Problemas actuales de la técnica normativa. *Anuario Jurídico de La Rioja*, (1), pp. 55-70.
- SANDIN, P. (1999). Dimensions of the precautionary principle. *Human and Ecological Risk Assessment: an international journal*, 5(5), pp. 902-905.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces.

- SCODEL, H. (2003). An Interview with Professor Hans Jonas. *Social Research: An International Quarterly*, 70 (2), pp. 339-368.
- SLOVIC, P., FISCHHOFF, B. & LICHTENSTEIN, S. (2000) Rating the Risks. En *The perception of risk* (pp. 104-120). Earthscan.
- SORO MATEO, B. (2017). Construyendo el principio de precaución. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (49-50), pp. 87-151.
- STIRLING, A. (2007). Risk precaution and science: towards a more constructive policy debate. *Embo Reports*, 8(4), pp. 309-315.
- SUNSTEIN, C. R. (2005). *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1986). Sentencia del Pleno 108/1986, de 29 de julio.
- (2018a) Sentencia del Pleno 70/2018, de 21 de junio.
- (2018b). Sentencia del Pleno 51/2018, de 10 de mayo.
- (2018c). Sentencia del Pleno 135/2018, de 13 de diciembre.
- (2018d). Sentencia del Pleno 124/2018, de 14 de noviembre.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1998). Sentencia de 5 de mayo, asunto C-157/96, caso National Farmers' Union y otros/Comisión.
- TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2002). Sentencias de 11 de septiembre de 2002, asuntos T-13/99 y T-70/99, casos Pfizer Animal Health/Consejo y Alpharma/Consejo
- TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2011). Sentencia de 9 de septiembre (caso Francia/Comisión).
- (2018) Sentencia de 17 de mayo (caso BASF Agro).
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (2019). Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 466/2019, de 27 de mayo.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA (2018). Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 258/2018, de 19 de junio.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (2014). Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 547/2014, de 12 de septiembre.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES (2015). Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 592/2015, de 8 de octubre.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (2014). Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 597/2014, de 20 de octubre.
- (2018). Sentencia de la Sección 10ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 361/2018, de 28 de mayo.
- TRIBUNAL SUPREMO (2006b). Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2006.

- (2012a). Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de febrero de 2012.
 - (2012b) Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo.
 - (2013). Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de junio.
 - (2014). Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo.
 - (2015). Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de enero.
- TUDELA ARANDA, J. (2020). De la publicidad a la permeabilidad: transparencia, publicidad y derecho a la información en el nuevo Parlamento. Un esbozo de crítica del Parlamento abierto. En A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. C. RAFFIOTTA y M. P. LADICCO (dirs.), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española (Vol. III)* (pp. 121-148). Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2021). Parlamento y estado de alarma. En *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- VAN ASSELT, M. B. A., VOS, E. & ROOIJACKERS, B. (2009). Science, knowledge and uncertainty in EU risk regulation. En *Uncertain risks regulated* (pp. 355-398). Routledge.
- VINEY, G. (2000) Le point de vue d'un juriste. *Petites affiches*, (239), pp. 66-71.
- VON ARNAULD, A. (2006). *Rechtssicherheit*. Mohr Siebeck.
- WEIMER, M. (2015). Risk Regulation and Deliberation in EU Administrative Governance-GMO Regulation and Its Reform. *European Law Journal*, 21 (5), pp. 622-640.
- WIENER, J. B. y ROGERS, M. (2002). Comparing precaution in the United States and Europe. *Journal of Risk Research*, 5 (4), pp. 320-321.
- ZANDER, J. (2010). *The Application of the precautionary principle in practice: comparative dimensions*. Cambridge University Press, Cambridge.
- ZAPATERO, V. (1998). El Club de los Nomófilos. *Cuadernos de Derecho Público*, (3), pp. 61-94.
- ZINING, J. (2016). Introducing the Precautionary Principle into Administrative Law: Facing the Challenges to the Rule of Law. *Academia Sinica Law Journal*, (19), pp. 5397.