

SÁNCHEZ BARROSO, BORJA (2021). *EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ESPAÑA. PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS FRENTE AL RIESGO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL*. MADRID: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Mariano VIVANCOS  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional  
Universitat de València  
<https://orcid.org/0000-0003-1583-422X>

Que el avance imparable de la certeza científica, increíble y paradójicamente, traiga consigo mayores incertidumbres, es algo que ya hace algunas décadas sostuvo magistralmente el teórico de la llamada «sociedad del riesgo», Ulrich Beck. Hoy, por añadidura y como se señala certeramente en el prólogo de la obra *El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado Constitucional*, esa creciente incertidumbre también se ha apoderado del instrumento, teóricamente, llamado a domeñarla: el Derecho. Y buena prueba de ello, son las lecciones que podemos extraer de la reciente experiencia pandémica. Donde el Derecho (de excepción u ordinario, me es indiferente) ha ido siempre a remolque de los acontecimientos, incapaz de anticiparse a lo que estaba por venir; del mismo modo que el órgano constitucional que estaba llamado no solo a generarlo e, incluso, a convalidar la legislación de urgencia aprobada por otros órganos constitucionales, generando importantes dudas de si estuvo a la altura de su función constitucional, como reflejan recientes trabajos colectivos [Arévalo Gutiérrez (dir.) (2021). *El Parlamento en tiempos de la pandemia*. Dykinson].

De ahí la importancia de la monografía de Borja Sánchez Barroso que ahora se publica en la prestigiosa colección del Congreso de los Diputados, resultado de su tesis doctoral, dirigida con enorme acierto

por los profesores doctores Federico de Montalvo Jääskeläinen y María Burzaco Samper (Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE). De la que no solo podemos extraer algunas consecuencias prácticas para la mejora del funcionamiento de la institución parlamentaria, relacionadas con la técnica y la producción legislativa, sino también de algunas disfunciones de nuestro ordenamiento jurídico. Al advertirnos de la existencia de un Derecho de Excepción paralelo, caracterizado por su cotidianidad y permanencia, que no respetaría las garantías reforzadas del Derecho de Necesidad o Crisis, a partir de una concepción errónea del principio precautorio en España.

El autor, a través de un estudio en profundidad del normativizado principio precautorio, tanto en la realidad europea como española, atisba a identificar la gran deriva y transformación que ha venido produciéndose en la *praxis* de nuestro modelo parlamentario que, en apenas unas décadas, ha transitado de un carácter «racionalizado» a partir de parámetros europeos de Derecho comparado a otro más bien «difuso» o «difuminado» (Ruíz Robledo) que podría estar lesionando el equilibrio institucional constitucionalmente consignado. Relegándolas, por tanto, a un papel secundario o lo que es, incluso, más preocupante, condenándolas en ocasiones a la irrelevancia, como sucedió con la clausura física parcial de la actividad parlamentaria durante la pandemia, que sería posteriormente declarada inconstitucional por la STC Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021). Una cuestión por tanto de máxima envergadura que tiene serias implicaciones en la definición de España como estado de Derecho, como modelo de orden jurídico-legal a la vez que democrático.

Es además una obra muy oportuna por el tiempo en el que se hace pública. Los graves efectos de la pandemia, todavía, se hacen sentir entre nosotros y hace muy poco que dejamos de notar sobre nosotros importantes limitaciones y restricciones de derechos y libertades que nos han venido acompañando en los últimos años. Su intensidad y su impacto en todos los ámbitos del orden político ha hecho que se sucedan no solo los debates en torno a lo sucedido sino a la mejor forma de anticiparnos al futuro, frente a otros escenarios adversos que están por llegar. En este deseo de anticipación se inspira la obra del profesor Barroso que marca un todo un hito en el debate jurídico sobre el riesgo en el Estado constitucional.

La estructura interna de la monografía consta de dos partes diferenciadas. La primera (centrada en los cinco primeros capítulos de la misma), viene referida básicamente a la configuración jurídica y contornos de dicho principio, su encaje constitucional y su aplicación práctica en España a lo largo de las dos últimas dos décadas, gracias a un amplísimo, exhaustivo y minucioso estudio jurisprudencial, junto con otra normativa de gestión de riesgos que ha venido a confundirse erróneamente con el principio de cautela. La segunda, por su parte, destinada a edificar una nueva concepción de las normas de precaución en España, a partir de una novedosa y original sistemática que convierte al autor, casi sin pretenderlo, en una referencia inexcusable para cualquier operador jurídico que pretenda interesarse sobre la materia. Su confesado deseo: resituar a la institución parlamentaria, democrática por antonomasia, en el vértice del sistema político-constitucional español, poniendo fin a una prolongada marginación si no buscada intencionadamente sí, por el contrario, aceptada de forma pacífica por los representantes de la soberanía popular y sus instituciones rectoras y de gobierno.

En esa primera parte, en el Capítulo 1 («Breves antecedentes, evolución e interpretación europea del principio de precaución», págs. 57-82) el autor se sumerge en los antecedentes de un principio incorporado al acervo de la UE desde *Maastrich* (1992) y que, en paralelo, se habría expandido a través de diversas normas de *soft law* internacional y consolidado en la jurisprudencia europea más reciente (por todas, *Sentencia Fidenato*, de 13/09/2017). No sin apuntar a aquellas cuestiones pendientes que merecen mayor atención; como, por ejemplo, si la apreciación de un potencial riesgo obliga directamente a la adopción de medidas protectoras o, únicamente, legitima su adopción, sin llegar a imponerla; su carácter más o menos amplio, restringido a unos pocos bienes jurídicos protegidos o abierto a su ámbito de actuación inicial; e, incluso, la potencial amenaza que otros principios (innovación o proactividad, su gran antagonista) representan como aproximaciones alternativas al riesgo.

En su Capítulo 2 («Recepción del principio de precaución en España», págs. 83-110), el autor demuestra como dicha recepción en la primera década del siglo XXI, corre en paralelo a un notable desinterés por la doctrina constitucionalista motivada, entre

otros aspectos no solo por su carácter infraconstitucional sino por la sequía interpretativa de nuestro Alto Tribunal. Por el contrario, la justicia ordinaria demostrará, a través de una pluralidad de bienes jurídicamente protegibles (medioambiente, salud y materias conexas, seguridad física, seguridad alimentaria, sanidad animal, patrimonio histórico-cultural...) su versatilidad, reservándole un tímido papel secundario en sus escasos razonamientos (Capítulo 3 «Doctrina de los Tribunales españoles sobre el principio de precaución», págs. 111-142).

Concluirá esta parte del libro identificando la base constitucional de la fundamentación última del principio precautorio (Capítulo 4. «Objeciones a la concepción actual del principio: la necesidad de un nuevo fundamento jurídico y un papel reforzado del Parlamento frente al riesgo», págs. 143-190); identificando el caso de la vigente y persistente crisis del coronavirus con la *praxis* misma de aquello que deberíamos evitar en un futuro (por decirlo en palabras del profesor Sánchez Barroso): «un Estado tutor, volcado en la seguridad o en la protección de los valores que el propio Estado considera relevantes, pero sin la participación de aquellos mismos a los que pretende proteger» (p. 176).

Concluye la primera parte de la monografía (Capítulo 5 «La verdadera naturaleza jurídica del principio de precaución: otro argumento para una mayor intervención del Parlamento frente al riesgo», págs. 191-230) elaborando una novedosa propuesta de sistematización, tanto por lo que hace a sus presupuestos (reglas ante riesgos inciertos y/o causas inciertas) como a sus consecuencias (poderes públicos, ciudadanos o ambos al mismo tiempo); distinguiendo en estas últimas, entre mandatos claros de actuación o potestades de uso facultativo, que permitirán una aplicación más flexible del principio precautorio a la casuística cotidiana. Lo que facilita mayores argumentos para una mayor y más exigente intervención parlamentaria frente al riesgo.

En la segunda parte del libro, el autor nos sugiere una reinterpretación del principio precautorio a partir de los parámetros apuntados. Algo que se proyectará sobre su mismo contenido, rango jerárquico y eficacia (Capítulo 6. «Contenido y rango jerárquico del Principio general de precaución», págs. 231-268); frente a otros criterios generales (*favor libertatis* o de interpretación más favora-

ble a los derechos fundamentales) o de consignación constitucional (legalidad y seguridad jurídica). Su eficacia integradora operaría, pues, únicamente en ausencia de regla expresa aplicable, al igual que sucede con otros principios (prevención, seguridad, participación o transparencia), y con límites claros y precisos (salvaguardia de los derechos civiles).

En uno de sus últimos capítulos, estudiará la incidencia del principio de precaución en la labor interna del Parlamento (Capítulo 7. «Eficacia del Principio general de precaución, especialmente en sede parlamentaria», págs. 269-306); reclamando un retorno de este en la gestión de riesgos, lo que debe traducirse también tanto en su funcionamiento como organización. Entre las medidas propuestas, destacan tanto un análisis más exhaustivo de la fundamentación fáctica de cualquier iniciativa legislativa (no únicamente de los proyectos gubernamentales) cuando se aborde la regulación de un eventual riesgo incierto; la creación de una Comisión transversal en materia de riesgos, que contrasta con la estructura organizativa actual de las Comisiones en ambas Cámaras; como por último, una mayor presencia y participación de los expertos (técnicos y científicos) en el proceso legislativo, a través de informes y comparencias, que sin sustituir la voluntad popular permitan reforzar el control sobre materias reguladas (una experiencia, por cierto, en donde algunos Parlamentos autonómicos han tomado la avanzadilla).

Pese al papel protagonista reclamado para el Parlamento, no se olvida el autor de hacer mención a los otros poderes constituidos (Capítulo 8. «Técnica legislativa y reglas de precaución (I): necesaria precisión de los presupuestos básicos», págs. 307-348), destacando el papel gubernamental primero en la fase de identificación de peligros potenciales y considerando al ámbito científico una instancia consultiva cualificada que en modo alguno puede convertirse en codecisora. Igual que se rechaza el carácter colegislador de los jueces, exigiéndoles un mayor compromiso frente a la amplia discrecionalidad técnica brindada al Gobierno hasta la fecha. Entre las medidas necesarias para reforzar el control del primero (Capítulo 9. «Técnica legislativa y reglas de precaución (ii): otras precisiones necesarias para reforzar el control al Poder Ejecutivo», págs. 349-376), destaca por su importancia la alerta y comunicación general en materia de

riesgos, buscando la concienciación social de cara a minimizar los riesgos y anticipar las acciones futuras.

Haciendo, por último, un llamamiento genérico en el funcionamiento (ordinario y extraordinario) de todas las instituciones públicas (Capítulo 10. «Aplicación y control de las normas de precaución: el papel del Poder Judicial en la lucha frente al riesgo», págs. 377-414), más allá de la ansiada centralidad parlamentaria en la gestión de riesgos. Que le llevarán a plantear tanto la necesidad de una burocracia inteligente, que fomente el análisis prospectivo y la gestión del conocimiento; la colaboración público-privada, mayormente en entornos federalizantes; o una mejor técnica regulatoria que facilite la interpretación judicial del ordenamiento, impidiendo casuísticas como la sucedida recientemente donde el Constitucional tumbó la «conormación» encomendada a los jueces para mantener restricciones durante la pandemia (STC 70/2022, de 2 de junio), tras cesar la vigencia del estado de alarma.

De las *Conclusiones* (págs. 419-441) del presente trabajo, se extraen unas consecuencias prácticas ineludibles, además de oportunas tras lo sucedido en los dos últimos años. En primer lugar, la urgente y necesaria necesidad de hacer compatible el principio precautorio con los principios informadores del Ordenamiento jurídico español y que deben guiar a su vez el sistema de fuentes. En particular el principio de legalidad, consecuencia expresa de lo concretado en el Preámbulo como finalidad de la Constitución («Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»); un auténtico dogma básico de nuestro sistema pluralista-democrático (STC 108/1986, de 26 de julio). Y sin olvidar la seguridad jurídica, que como ha señalado el Alto Tribunal (STC 27/1981, de 20 de julio) constituye la suma de una serie de principios (certeza y legalidad, jerarquía, publicidad normativa, irretroactividad de las normas no favorables, interdicción de la arbitrariedad...) para facilitar la promoción de los valores constitucionales proclamados.

El acierto del autor es que para lograrlo únicamente bastaría un valiente y decidido cambio de enfoque como el sugerido. Pero en su propósito está veladamente también la reivindicación de la ley como el instrumento jurídico por excelencia para poder anticipar posibles riesgos y salvaguardar los derechos y libertades, evitando mayores

limitaciones o restricciones que las necesarias. Un debate del que se hizo eco el último de los congresos celebrados hasta la fecha por la Asociación Española de Constitucionalistas (ACE-ACOES), bajo el sugerente título «Estado constitucional pospandemia: ¿crisis o fortalecimiento?» y en el cual el profesor Sánchez Barroso tuvo una activa participación, al igual que sus mentores.

Por ese motivo, podemos extraer de la obra algunas consecuencias prácticas que ayudarán, sin duda, a la mejora de la función legislativa, la más característica del Parlamento; y, en particular, a una *better regulation* a la hora de normar y anticiparse a riesgos ciertos, no sin antes integrar dentro del *iter* procedimental, la evaluación científico-técnica cada vez más omnipresente y necesaria. Una oportunidad de mejora que la reciente experiencia pandémica y la gestión gubernamental de la crisis solo ha hecho que acentuar.

Gracias al autor, el principio de precaución o cautela ha dejado de ser ese gran desconocido, estando en mejores condiciones de poder adivinar los desafíos que a corto y medio plazo va a representar para la acción normativa de nuestros legisladores.

A su vez, en su calidad de constitucionalista, el autor proyecta una aspiración loable y transformadora de la arquitectura del Estado constitucional y de la relación y equilibrio de los poderes constituidos, aspecto básico para consolidar y afianzar el estado de Derecho en la sociedad española.

Una obra, sin duda, fundamental en tiempos de riesgo e incertidumbre postpandémica como los actuales, que debe perrecharnos para anticiparnos a un futuro que antes debe ser imaginado.