

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo

Manuel Izquierdo Carrasco

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

El principio de precaución y la defensa de los consumidores*

SUMARIO: 1. DEFINICIÓN APROXIMATIVA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 2. SU REPERCUSIÓN SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y EL DESARROLLO CIENTÍFICO. 3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. EN ESPECIAL, LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES. 4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES. PARTICULAR REFERENCIA A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. 5. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA; PARTICULAR REFERENCIA A SU APLICACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES. 6. LA FORMAL Y EXPRESA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS NACIONALES. EL CASO FRANCÉS. 7. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN RIGE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL. 8. SOBRE LOS REQUISITOS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES, LOS PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN Y LA CLAVE PARA SU RESOLUCIÓN. 9. EPÍLOGO: CONCLUSIÓN Y CUESTIONES PENDIENTES.

* Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyectos de Investigación nº. BJU2001-3706 y 2000-0845 del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

1. DEFINICIÓN APROXIMATIVA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Ensalzado o denostado, del principio de precaución se han dicho muchas cosas: se le ha considerado revolucionario, subversivo¹, novedoso², democrático o peligroso. Pero todo ello sin definirlo ni mostrar su contenido y alcance con precisión, y además rodeado de un cúmulo de conceptos (riesgo, peligro, evaluación del riesgo, gestión del riesgo, factor de peligro...) sobre los que se ofrecen variadas y divergentes definiciones, todas ellas de carácter convencional³. A cambio, se ha hecho habitual afirmar que el principio de precaución no tiene un contenido exacto ni admitido por todos⁴, que

¹ Vid. Manuel GROS y David DEHARBE, «La controverse du principe de précaution», *Revue du Droit Public*, nº 3, 2002, pp. 821 y siguientes. Sobre todo pp. 836 a 840, donde DEHARBE afirma que el principio ha demostrado su vocación subversiva y que su imprecisión enmascara su capacidad de socavar las categorías jurídicas fundamentales y mejor asentadas. Probablemente no hay para tanto, según aquí tratará de demostrarse. De todas formas, el mismo DEHARBE reconoce luego que la revolución esperada por algunos no ha tenido lugar.

² Así, en un ámbito íntimamente relacionado con el de la protección a los consumidores como es el Derecho alimentario, L. GONZÁLEZ VAQUÉ afirma que el principio de precaución constituye una verdadera novedad («La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una frontera de la protección del consumidor», *Estudios sobre Consumo*, nº 50, 1999, p. 13).

³ Basten como muestra las nociones de peligro y riesgo. El Reglamento CE 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, define «riesgo» como «la ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y de la gravedad de ese efecto, como consecuencia de un factor de peligro» y «factor de peligro» como «todo agente biológico, químico o físico presente en un alimento o en un pienso, o toda condición biológica, química o física de un alimento o un pienso que pueda causar un efecto perjudicial para la salud» (debe reseñarse que en líneas generales esta última es la definición que en el *Codex Alimentarius* se ofrece de «peligro»). En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de septiembre de 2002 (asunto aditivos antibióticos en la alimentación animal), al referirse precisamente al principio de precaución, afirma que «en dicho contexto, el concepto de riesgo corresponde pues a una función de la probabilidad de que la utilización de un producto o de un procedimiento produzca efectos perjudiciales para el bien protegido por el ordenamiento jurídico. El concepto de peligro, en este contexto, se utiliza normalmente en un sentido más amplio y describe todo producto o procedimiento que pueda tener efectos perjudiciales para la salud humana» (ap. 147). Por su parte, en el seno de la OMC, el Órgano de Apelación entiende que exigir un requisito cuantitativo —lo que quizás podría deducirse de la inclusión en su definición de la expresión «probabilidad»— al riesgo, no tiene base alguna en el Acuerdo MSF (Informe de 16 de enero de 1998, asunto Comunidades Europeas-Hormonas, párr. 184-186). Finalmente, en la doctrina, por ej., J. ESTEVE PARDO marca la distinción en la causa —el riesgo tiene su origen en la decisión y actividad humana, el peligro en los procesos naturales— (*Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, p. 29). En cualquier caso, una muestra evidente del carácter convencional de estas definiciones la ofrece la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos, que para mantener una homogeneidad con la terminología utilizada en el marco del *Codex Alimentarius* sustituye la expresión «análisis de riesgos y control de puntos críticos» utilizada por diversos reglamentos, por la de «análisis de peligros y puntos de control crítico», sin realizar modificación alguna del régimen sustantivo de aquéllos; o sea, lo que antes eran riesgos ahora son peligros.

⁴ Manuel GROS, en el trabajo conjunto con David DEHARBE, «La controverse du principe de précaution», *Revue du Droit Public*, nº 3 (2002), p. 822.

no se deja definir ni encerrar dentro de límites precisos. Probablemente haya algo de esto y quizá esa característica sea esencial a su propia naturaleza y grado de abstracción. Tal vez, por el contrario, el origen de las dificultades esté en que algunos quieren hacer decir al principio más de lo que dice, aunque sea incluso para desactivarlo. Pero, sea como fuere, «toda exposición ordenada sobre un asunto debe comenzar por su definición de modo que pueda comprenderse sobre qué se debate». Esta máxima ciceroniana debe ser respetada siquiera sea para ofrecer una primera definición aproximativa, sobre todo, cuando, como es el caso, hemos de ocuparnos de una noción todavía no muy popular entre nosotros y cuya denominación es insuficientemente expresiva de su contenido. Por otra parte, su excesiva utilización, a veces sin ningún rigor, contribuye a aumentar las dificultades⁵.

Se le ha llamado principio de precaución o de cautela; incluso alguna vez se ha aludido a él como principio de prudencia. Precaución es, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, «reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse». Y, en efecto, el principio de precaución tiene mucho que ver con esa actitud. Pero sólo ante ciertas eventualidades y en determinada manera que no pueden deducirse del lenguaje común. Se ha convenido en llamar principio de precaución a algo un poco más concreto y a esa convención, aunque vaga, hemos de atenernos.

Para una primera aproximación puede abordarse el principio de precaución afirmando que es una regla para tomar decisiones ante determinados supuestos de hecho. En concreto, el presupuesto de hecho del principio de precaución —esto es, aquél en que, de regir este principio, procede su invocación y aplicación— es la existencia de una incertidumbre científica sobre la relación de causalidad, en sentido amplio, entre un fenómeno y un daño. Por lo general, se trata de un riesgo debido a la aplicación de los avances tecnológicos y, con frecuencia, de riesgos a la largo plazo que plantean más intensamente las dificultades para comprobar si son reales o ficticios. No se sabe a ciencia cierta si tal producto, procedimiento, conducta o substancia (en sí mismos o a partir de ciertas dosis, solos o en combinación con otros, etc.), generan un daño o, al menos, no se sabe su alcance, o sea, su gravedad o intensidad. Ante ese supuesto, hay que tomar decisiones. Siempre, con o sin este principio, hay que tomar decisiones. Incluso no hacer nada, no adoptar ninguna medida, también es decidir. Como no se tienen todos los datos

⁵ Como dice Charles COUTEL, en «Précaution, philosophie et droit», *Revue droit de l'environnement*, nº 90, p. 172, no hay ninguna precaución en la utilización del principio de precaución.

para tomar la decisión adecuada con pleno conocimiento de causa, hay que apostar: hay una apuesta aunque no sea completamente aleatoria, aunque no se haga completamente a ciegas, porque, si bien no se cuenta con conocimientos concluyentes que irrefutablemente demuestren un daño, sí se parte de estudios científicos de los que se deducen sospechas razonables de su existencia. Ante esos supuestos de hecho, el principio de precaución no predetermina absolutamente la decisión o el comportamiento que deba observarse, pero orienta más o menos intensamente en el sentido cauteloso, en el de tomar en consideración los indicios de riesgo no probados absolutamente y en el de tender a evitar el hipotético origen de ese daño o, al menos, a reducirlo. No mucho más puede decirse, por ahora y con carácter general, sobre lo que significa este principio.

Con lo dicho, no entramos en contradicción con ninguna de las aplicaciones o explicaciones del principio de precaución. Pero lo hemos conseguido a costa de decir muy poco. Nada sobre si este principio de precaución pretende desplegar sus efectos sobre cualquier riesgo afectante a cualquier bien, nada sobre sus destinatarios, ni sobre si rige efectivamente en el Derecho internacional, en el comunitario o en el Derecho español, o si es un simple principio de orientación de ciertas políticas o una verdadera regla jurídica. Pero es que todo esto exige ya un análisis particularizado y sectorial del Derecho positivo que aquí se realizará luego exclusivamente respecto a su aceptación o no en la defensa de los consumidores. Sólo en ese análisis podrá avanzarse algo más sobre el presupuesto de hecho y sobre la decisión pertinente según el principio de precaución.

En gran parte, además, la aplicación y el alcance de esta vaga regla sobre la toma de decisiones no depende realmente del significado del principio de precaución aisladamente considerado, sino de su integración con otras reglas y principios, sobre todo con el de proporcionalidad. En cualquier caso, hay que ponerlo en relación con el nivel general de seguridad deseado o, dicho de otra forma, con el umbral de los riesgos aceptados. Pero, incluso afirmándolo así, el principio de precaución no incorpora esas otras reglas que actúan sobre él desde fuera. O sea, que lo que el principio de precaución suponga en la práctica ya no depende sólo de él mismo sino, aun en el caso de que realmente esté consagrado, de la concreta forma en que lo haya sido y del juego de otras reglas y principios. De esta forma, puede decirse que, como mucho, el principio de precaución ha de ser uno de los que presida la toma de decisiones frente a riesgos no comprobados científicamente, pero que no es el único y ni siquiera tiene que ser el más determinante. Hay otros principios y reglas, incluso normalmente de radio más amplio porque se refieren a todo tipo de riesgos, que también han de ser tenidos en cuenta para tomar decisiones frente a los riesgos no comprobados con absoluta certeza científica.

2. SU REPERCUSIÓN SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y EL DESARROLLO CIENTÍFICO

Incluso con la evanescente formulación del principio de precaución que hemos enunciado y todas sus imprecisiones, se comprende ya que, junto a una mayor protección, tiende a condicionar la libertad de empresa, que pudiera sufrir restricciones con la justificación de un riesgo no completamente probado. Tal vez, también la libertad de producción y creación científica y técnica y hasta otras libertades puedan verse afectadas por el principio de precaución. Pero para nuestro propósito será suficiente tener en cuenta la primera: incluso sin que se sepa con certeza si algo produce realmente un daño, podría prohibirse su producción y comercio; es decir, que la libertad de empresa sufriría una limitación que no tiene una base incontestable y que, tal vez, algún día, se revele como absolutamente infundada. Contemplado esto mismo desde otro punto de vista, puede decirse que el principio de precaución entraña fundamentalmente una ampliación del poder público, en concreto, del poder de policía que encuentra una nueva legitimación y un cauce para su expansión⁶.

Más allá de cada ordenamiento nacional, como también se comprende sin necesidad de mayores explicaciones, el principio de precaución es susceptible de afectar a la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad Europea o, más ampliamente, a los postulados similares de la Organización Mundial del Comercio. De hecho, el principio de precaución sale a la luz como un impedimento para la integración económica internacional que, a su vez, tiende a rechazarlo o a contemplarlo con cierto recelo, no sólo por su posible utilización desviada como nuevo disfraz del proteccionismo, sino porque en sí, incluso aplicado correctamente, puede comportar obstáculos al comercio internacional que, a la postre, se muestren sin suficiente justificación. La relevancia jurídica del principio de precaución viene en buena medida de esa repercusión sobre la libertad de empresa, la libertad de circula-

⁶ David DEHARBE en el trabajo conjunto con Manuel GROS, «La controverse du principe de précaution», op. cit., p. 834, afirma que el principio de precaución legitima el poder de policía, más que encorsetar su ejercicio; y luego «el principio es sinónimo de una extensión del poder de policía en economía de mercado». Cumple la función de legitimar el poder que otrora ha podido tener el servicio público; es «un nuevo mito legitimante de la acción pública» (p. 835). A nuestro juicio, es cierto que el principio afecta al poder de policía en el sentido de aumentar los supuestos en que puede establecer limitaciones. Pero, quizá, haya mucha exageración en verlo como un nuevo justificante del poder y en creer, como se ha dicho, que permite una nueva construcción del Estado. Al menos, en relación con la protección de la salud, no hay tan grandes novedades y, por lo que respecta al medio ambiente, lo que realmente aumenta el poder público es la decisión de protegerlo, no tanto hacerlo aceptando el principio de precaución.

ción de mercancías en la Comunidad Europea y la libertad de comercio internacional. Si no fuera por ello, evidentemente, no podría menos que acogerse sin límites ni condicionantes un principio que aumenta la protección de bienes jurídicos muy valiosos.

Incluso al margen de ello, siempre puede verse en el principio de precaución un inconveniente freno para la innovación y el progreso, un obscurantismo que, a la postre, perjudica al bienestar social y, por tanto, a todos, no sólo a los que directamente sufren la limitación. No es impertinente recordar la resistencia que en su momento se opuso a la implantación de los trenes por el peligro que algunos veían en la velocidad, para comprender qué fabuloso argumento habrían encontrados aquellos agoreros en el principio de precaución para frenar un gran avance técnico y social. Hoy no faltan quienes ven en las limitaciones a la utilización de los organismos modificados genéticamente o al establecimiento de las antenas de telefonía o en otras semejantes, todas ellas amparadas más o menos abiertamente en el principio de precaución, una actitud similar.

Basten por ahora estos breves apuntes para comprender los peligros del principio de precaución o, por lo menos, los peligros de sus excesos. Es esto mismo –insistimos– lo que le da relevancia jurídica y suscita los problemas con que el Derecho se encuentra para su consagración: su tensión con la libertad de empresa, con la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad Europea, con la libertad de comercio internacional y con el desarrollo científico y técnico. No cabe una posición simplista que sostenga a toda costa y sin matices que, mientras menos riesgos, mejor, aunque en vez de riesgos sólo exista un miedo irracional sin más base que la ignorancia. Se trata, en efecto, de reducir los riesgos, de jugar, dentro de lo que cabe, sobre seguro. Pero sin dar cobertura a limitaciones infundadas a la libertad y al progreso científico y técnico, sin que sirva de coartada al proteccionismo o al oscurantismo ni a la demagogia. El principio de precaución no es acientífico ni anticientífico o, por lo menos, no debe serlo ni lo es por esencia. Más bien al contrario⁷. Es la propia ciencia la que reconoce sus límites, es el sabio quien sabe lo que no sabe y hasta donde llega o puede llegar. El principio de precaución parte y se sirve de ese conocimiento científico sobre sus limitaciones, sobre su propio desconocimiento. No se basa ni da pábulos a la ignorancia o los prejuicios ni echa leña al fuego del irracional

⁷ Incluso se ha dicho que las políticas de precaución son «políticas del saber y del conocimiento» y que «el principio de precaución es una gran máquina de producción del saber, tanto del saber lo que se sabe como del saber lo que no se sabe», «las políticas de precaución ... son máquinas para orientar la investigación» y para canalizar los créditos presupuestarios correspondientes. François EWALD, «Philosophie politique du principe de précaution», en la obra con Christian GOLLIER y Nicolas de SADELEER, *Le principe de précaution*, Colección Que sais-je?, PUF, París, 2001, pp. 47-48.

miedo a lo nuevo. Expresa, por el contrario, una cierta fe en la ciencia, incluyendo el conocimiento científico de lo que todavía no se sabe y la convicción de que se sabrá si prosiguen las investigaciones. Pero sí supone, en cualquier caso, una prudente actitud frente a los avances de la ciencia y niega que todo lo técnicamente posible sea bueno y deba ser lícito. Por ello mismo es un freno a la tendencia impuesta por las leyes del mercado a usar prematuramente de avances técnicos no suficientemente experimentados, a utilizar al mundo como un laboratorio y a cada uno de nosotros como conejillos de indias⁸. De lo que se trata, como siempre en Derecho, es de encontrar el justo punto de equilibrio.

3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. EN ESPECIAL, LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES

El principio de precaución se formuló como tal primeramente en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente. No prejuzgamos con esta afirmación que en alguna medida, sin nombre ni reconocimiento formal, jugara ya algún papel en ciertos ordenamientos nacionales o en el de la Comunidad Europea y que lo hiciera en la protección de bienes distintos de los ambientales. Pero, sea como fuere, su salto a la fama se produjo en la protección del medio ambiente y en ese ámbito goza aún de su mayor popularidad. Es ahí, además, donde encuentra un campo especialmente propicio porque surge con relativa facilidad y frecuencia su presupuesto de hecho: sospechas más o menos fundadas de daños sobre las que no hay pruebas definitivas, sobre todo daños a largo plazo no fácil ni inmediatamente verificables.

De ese ámbito originario se ha extendido en un proceso natural y casi inevitable a otros⁹. En especial al de la protección de la salud, a lo que se conoce como protección de la salud pública, es decir, de un esta-

⁸ J. ESTEVE PARDO, al hilo de su revelador estudio sobre las relaciones entre Técnica y Derecho, donde se advierte no sólo sobre las transformaciones que ésta origina en instituciones esenciales de aquél sino también la dificultad —cuando no imposibilidad— que el propio Derecho tiene de ordenar la Técnica, se pregunta: «¿Cuándo se entenderá que el progreso ha llegado a un punto de satisfacción de necesidades en el que los riesgos desconocidos dejarán de estar justificados? Una sociedad enfrentada de lleno a sus necesidades elementales y a los peligros de la naturaleza es normal que se entregue al progreso técnico para superarlos y asuma los riesgos desconocidos de ese progreso. Pero una sociedad dominada por la técnica y sus riesgos, la sociedad del riesgo, parece situarse en un umbral en el que sólo son admisibles los riesgos cognoscibles y, por ende, susceptibles de valoración y ponderación» (*Técnica..., op. cit.*, pp. 42 y 212 ss.). Sobre esta noción de sociedad del riesgo, *vid.* el pionero trabajo de U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. por J. Navarro, D. Jiménez y M^a. R. Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.

⁹ Nicolas de SADELEER: «Les avatars du principe de précaution en droit public. Effet de mode au revolution silencieuse?», *RFDA*, 17 (3) 2001, pp. 548 a 551.

do social en el que es posible la salud individual de las personas, donde éstas sufren los menores daños provenientes de las condiciones y circunstancias externas. Para empezar, porque la protección del medio ambiente incluye, entre otras cosas, parte de la protección de la salud humana y no tiene sentido que la protección de ésta tenga un régimen distinto según los daños o riesgos provengan o no de causas ambientales. Por otra parte, porque en lo que a la protección de la salud se refiere, aparece también con normalidad el presupuesto de hecho del principio de precaución. Quizá la causa más importante por la que el principio se ha extendido fácilmente a la protección de la salud humana es porque haya regido siempre en este ámbito, aunque no se hubiera explicado como tal. Lo que habría ocurrido según esta tesis —que después desarrollaremos más— es que, al formularse el principio de precaución en el ámbito del medio ambiente se ha comprendido que ya venía rigiendo en la protección de la salud pública, donde, como es comprensible, siempre se ha sido especialmente cauteloso. Una especie de relectura o reinterpretación de la legislación y la actividad sanitaria pública a la luz del nuevo principio permite comprender que, en alguna medida, ya la orientaba.

Sea como fuere, de la protección de la salud pública a la protección de la salud de los consumidores y usuarios no hay ya ni un paso porque, en realidad, se trata de llamar de distinta forma al mismo bien protegido con la única variante de referirse sólo a los daños procedentes de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado¹⁰. Pero hay que añadir, junto a la salud, la seguridad de los consumidores y usuarios.

A estos efectos, salud y seguridad son conceptos que, aunque teóricamente distintos, prácticamente se identifican¹¹. Porque, en este contexto, la seguridad no es seguridad jurídica ni seguridad ciudadana, sino simple seguridad física, seguridad de la vida y la integridad física contra accidentes. Así entendida, sus diferencias con la protección de la salud son casi irrelevantes para el Derecho. Y no es fácil ni importante decidir, por ejemplo, si prohibir que los juguetes tengan piezas pequeñas que puedan ser ingeridas por los niños con riesgo de asfixia es protección de la salud o de la seguridad. De hecho, hay normas que sólo hablan de seguridad y que, sin embargo, son interpretadas unánimemente como referidas por igual a la salud; o, a la inversa, hay normas que sólo hablan de salud y que, sin embargo, incluyen inequívocamente la protección de la seguridad. Un buen ejemplo de ello se puede ver

¹⁰ Al respecto, *vid.* M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, INAP, 1989, pp. 21 ss. y 81 ss.

¹¹ Sobre la difícil delimitación entre ambas nociones, *vid.* M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 39-40.

en las Directivas sobre seguridad de los productos y su transposición al Derecho español: aunque aquéllas formalmente se refieren sólo a la seguridad, incluyen inequívocamente la protección de la salud; y al ser incorporadas al Derecho español, el Estado lo hace invocando exclusivamente sus competencias en materia de sanidad.

Por otro lado, hablar de la protección de la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios es hablar de una parte o sector de la protección de la salud y de la seguridad en general, de la salud y seguridad de las personas o de la salud y seguridad públicas: de aquella parte que combate los daños o peligros que puedan derivar de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado a unos concretos sujetos. Por ello, la salud y seguridad de los consumidores y usuarios no se aborda sólo en la legislación de consumo sino también en otras que protegen abstractamente la salud y seguridad de las personas, como es el caso, sobre todo, de la legislación sanitaria y, en menor medida, de la legislación industrial. Por ello también los principios que inspiran la protección de la salud y seguridad de los consumidores, esto es, la protección frente a los riesgos para la salud y seguridad que derivan de los bienes y servicios puestos en el mercado a su disposición, no pueden ser muy distintos de los que presiden en general la protección de la salud y seguridad de las personas o de la que se ocupa de ello frente a determinados tipo de riesgos (salud y seguridad laboral¹², salud y seguridad frente a riesgos ambientales, etc.).

Muchos de los textos que se refieren al principio de precaución lo hacen sin aludir específicamente a la defensa de los consumidores y usuarios. Así, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de la precaución lo pone en relación con «el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal». Pero, conforme a lo expuesto, en la referencia a la salud humana está comprendida, entre otras, la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.

En suma, el juego del principio de precaución en la defensa de los consumidores es, en realidad, el del principio de precaución en la protección de la salud y seguridad de las personas en general frente a todo tipo de riesgos, pero referido en este caso específicamente a los riesgos que deriven de productos y servicios puestos en

¹² Así, la Directiva 1999/38/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se modifica la Directiva 90/394, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos, tras destacar que estudios epidemiológicos sobre trabajadores expuestos a serrines de roble y haya han confirmado la carcinogenicidad de dichos serrines y que es muy probable que otros tipos de serrines de maderas duras puedan también producir cáncer en las personas, afirma expresamente que «debe aplicarse el principio de precaución en la protección de la salud de los consumidores» (Considerando 9) y, por tanto, ampliar la Directiva originaria para incluir todos los tipos de serrines de maderas duras.

el mercado a su disposición, lo que, si acaso, presenta algunas especificidades y concreciones particulares.

Por el contrario, no tiene sentido plantear la relevancia del principio de precaución en la protección de los intereses económicos de los consumidores; y si afecta a su derecho a la información o a la participación es sólo como consecuencia indirecta de su repercusión sobre la protección de la salud y la seguridad.

En suma, el principio de precaución tiene consecuencias en la defensa del consumidor y usuario en lo que respecta a la protección de su salud y su seguridad, pero sólo y exclusivamente en ese terreno.

Como regla general, las medidas de protección de la salud y de la seguridad de los consumidores se deben basar en conocimientos científicos ciertos y seguros. No se puede aceptar la validez de una limitación a la libertad de empresa o cualquier otra libertad por razones sanitarias si los conocimientos científicos ciertos y seguros demuestran que la actividad prohibida o limitada no entraña ningún riesgo para la salud. Lo que se afirma es claramente verdad si se trata de una medida administrativa. Pero, aunque con mayores dificultades, lo mismo hay que concluir si fuese una ley la que estableciera una limitación por razones sanitarias frente a una conducta que, según estudios científicos inequívocos, no tuviese la más mínima repercusión negativa para la salud. El problema empieza cuando no hay la completa certeza de un daño para la salud ni tampoco, al contrario, hay absoluta certeza de su inocuidad ¿Pueden las autoridades españolas tomar medidas, incluso limitativas de la libertad, en ese supuesto?, ¿ante meras sospechas?, ¿ante la simple falta de prueba completa de la inocuidad?, ¿pueden o incluso deben hacerlo? ¿Lo impide o lo impone nuestro Derecho o el Derecho comunitario o el Derecho internacional, en particular los Acuerdos de la OMC? Y casi las mismas preguntas se pueden formular respecto a las autoridades comunitarias. A estas interrogantes da parcial respuesta el principio de precaución. Y eso es lo que se abordará aquí.

4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN TEXTOS INTERNACIONALES. PARTICULAR REFERENCIA A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Para seguir avanzando, es necesario acudir a las concretas formulaciones que en diversos textos, aunque con muy diferente valor y pretensiones, se ha dado al principio de precaución. Eso nos llevará inicialmente a la protección internacional del medio ambiente pero, por las razones explicadas, ese *excursus* no nos desvía de nuestro objeti-

vo. Es un rodeo necesario que nos llevará indefectiblemente a la defensa de la salud y seguridad de los consumidores.

Se sitúa su origen, según suele reconocerse, en la política ambiental alemana de los años setenta, donde ya tenuemente se entreveía una nueva forma de detectar riesgos para los recursos naturales. Poco después, la República Federal Alemana lo convirtió en un principio orientador de su política internacional de medio ambiente, donde fue perfilando sus rasgos actuales. Inscrito por primera vez en el Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982¹³, fue recogido por la OCDE a partir de 1987 en diversas Declaraciones ministeriales emitidas en el seno de varias Conferencias internacionales para la protección del Mar del Norte. En concreto, en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (Londres, 1987), los Estados ribereños «aceptan que era necesario un enfoque de precaución para proteger el Mar del Norte de los efectos potencialmente dañosos de las sustancias más peligrosas, y que este enfoque podía requerir la adopción de medidas de control de las emisiones de estas sustancias antes incluso de que formalmente se estableciera de modo científico una relación de causa a efecto». Y se añadía: «Si el estado de los conocimientos científicos es insuficiente, se impondrá una estricta limitación en la fuente de la emisión de la polución por razones de seguridad». En el mismo marco, en la Conferencia de La Haya (1990) las Partes «afirman su voluntad de continuar aplicando el principio de precaución, es decir, adoptando medidas para evitar los efectos potencialmente dañosos de las sustancias ... aunque no haya pruebas científicas de la existencia de una relación de causalidad entre las emisiones y los efectos».

Su proclamación más célebre se produjo en la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992): «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente» (Principio 15). Exactamente la misma fórmula habían plasmado antes, en 1990, los Estados reunidos en Bergen en el marco de la Comisión Económica de la ONU para Europa¹⁴. Después de la Cumbre de Río, con unas u otras

¹³ «Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promueven esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales».

¹⁴ Principio 7 de la Declaración ministerial sobre el desarrollo sostenible, adoptada en Bergen el 15 de mayo de 1990.

variantes, aparece en numerosos textos internacionales sobre residuos, contaminación marina, cambio climático, protección de los bosques, pesca, biodiversidad, etc.¹⁵.

En el Protocolo sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización seguras de organismos vivos modificados derivados de la moderna biotecnología, adoptado el 28 de enero de 2000, en la Conferencia de las Partes firmantes del Convenio sobre Diversidad Biológica, aparece ya una clara aplicación del principio de precaución relacionada con la salud pública e, incluso, puede decirse, con la salud de los consumidores: «La falta de certeza científica debida a la insuficiente información científica pertinente y de conocimientos sobre los efectos potencialmente peligrosos de un organismo vivo modificado genéticamente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica de la Parte importadora, teniendo en cuenta igualmente los riesgos para la salud humana, no impedirá a esta Parte tomar la decisión (que convenga sobre la importación de este organismo vivo modificado si está destinado a ser utilizado directamente para la alimentación humana o animal o a ser transformado), para evitar o reducir al máximo los efectos potencialmente peligrosos».

Más directamente relacionado con nuestro objeto, el principio de precaución encuentra acogida en el marco de la Organización Mundial

¹⁵ Así, en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 se dice que «cuando haya un riesgo de perturbaciones graves o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debe servir para diferir la adopción de ... medidas», aclarando de inmediato que las políticas y las medidas tendentes a evitar los cambios climáticos requieren «una buena relación costes-eficacia, de manera que garanticen las ventajas globales al coste más bajo posible».

En el Preámbulo de la Convención sobre la diversidad biológica de 1992 se afirma que «cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza» (Convenio de 5 junio 1992, ratificado por España por Instrumento de 16 noviembre 1993).

En el Preámbulo del Protocolo al Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, relativo a reducciones adicionales de las emisiones de azufre, hecho en Oslo el 14 de junio de 1994 (ratificado por España por Instrumento de 23 julio 1994), se afirma que «cuando existen amenazas de daños graves o irreversibles, la falta de una certeza científica absoluta no debe utilizarse como justificación para posponer la adopción de tales medidas, teniendo en cuenta que las medidas precautorias para hacer frente a las emisiones de contaminantes atmosféricos serían rentables».

Igualmente, en el Preámbulo del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo y Anexos, adoptado en Barcelona el 10 de junio de 1995 y en Montecarlo el 24 de noviembre de 1996, respectivamente (ratificados por Instrumento de 23 diciembre 1998), ante la amenaza de una reducción importante o pérdida de diversidad biológica, las Partes afirman que «la falta de certidumbre científica plena no debería invocarse como razón para aplazar la adopción de medidas destinadas a evitar o a minimizar esa amenaza».

Un completo análisis de aquellos textos internacionales que han recogido este principio en el ámbito de la conservación y la gestión de los recursos vivos en alta mar puede encontrarse en Eva M^a VÁZQUEZ GÓMEZ, *Las Organizaciones Internacionales de ordenación pesquera. La cooperación para la conservación y gestión de los recursos vivos del Alta Mar*, Sevilla, Consejería de Agricultura y Pesca, 2002, pp. 115-ss.

del Comercio (OMC) donde se pretende hacer compatible la garantía de la libertad de comercio y las facultades de los Estados para garantizar el medio ambiente y la salud pública. Su concreción más significativa –aunque sin una mención expresa a dicho principio– es la que aparece en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias¹⁶ (Acuerdo MSF) cuyo artículo 5.7 es del siguiente tenor:

«Cuando las pruebas científicas pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de las informaciones pertinentes disponibles, incluidas las provenientes de organismos internacionales competentes, así como las medidas sanitarias o fitosanitarias adoptadas por otros Miembros. En tales circunstancias, los Miembros se esforzarán en obtener las informaciones adicionales necesarias para proceder a una evaluación más objetiva del riesgo y examinarán en consecuencia las medidas sanitarias o fitosanitarias en un plazo razonable».

Debe notarse que, a diferencia de la mayoría de los textos internacionales que proclaman el principio de precaución, aquí no hay ningún mandato de precaución sino, más modestamente, una posibilidad de servirse de este instrumento sin ser condenada por contraria a la libertad de comercio: no hay mandato, sino permisión y, más bien, con carácter excepcional.

La jurisprudencia del Órgano de Apelación, establecido por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) para la resolución de los conflictos entre las Partes en el seno de los Acuerdos de la OMC¹⁷, ha reconocido que el transcrito precepto recoge el principio de precaución, que también encuentra reflejado en otras partes del Acuerdo¹⁸. Sobre esta base, admite la posibilidad de restricciones al comercio internacio-

¹⁶ Dentro de los *Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías*, que se incluyen en el Anexo 1A, que acompaña al *Acuerdo por el que se establece la OMC*. La mayoría de estos Acuerdos, entre ellos el mencionado, son el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay, celebradas en 1986-1994, y se firmaron en la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994.

¹⁷ La resolución de conflictos entre las Partes firmantes de los Acuerdos de la OMC se rige por el *Acuerdo de Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, incluido en el Anexo 2, y que resultó también de la Ronda Uruguay. El Órgano de Apelación es un órgano permanente integrado por siete miembros representativos en términos generales de la composición de la OMC. Los miembros del Órgano de Apelación son nombrados por un período de cuatro años. Deben ser personas de competencia reconocida en Derecho y comercio internacional y que no estén vinculadas a ninguna Parte. Los informes que aprueba el Órgano de Apelación son adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes, salvo que el OSD adoptara por consenso una decisión contraria a su adopción.

¹⁸ En concreto, en el párrafo sexto del Preámbulo y en el párrafo 3 del art. 3, en los que se plasma el derecho de las Partes a establecer su propio nivel de protección sanitaria o fitosanitaria.

nal para defender la salud humana y vegetal en supuestos de incertidumbre científica, siempre que se respete el propio marco normativo establecido por el Acuerdo. En concreto, el Acuerdo MSF somete la aplicación del principio de precaución a estrictas condiciones, tanto formales como materiales. En lo relativo a las primeras, para acotar los supuestos de incertidumbre científica y excluir su utilización abusiva con fines proteccionistas, exige la realización de una evaluación del riesgo que ofrezca una justificación científica suficiente¹⁹. Por lo que respecta a las condiciones materiales, las medidas adoptadas por las Partes, impone dos tipos de requisitos: que la medida en virtud del principio de precaución no sea arbitraria ni discriminatoria; y que sea provisional, condicionada su admisión, mantenimiento, derogación o modificación a la realización de nuevos estudios científicos que confirmen o desmientan el daño.

En cuanto a la evaluación del riesgo, el Órgano de Apelación señala que no ha de ser necesariamente realizada *ad hoc* por la Parte que, al contrario, se puede servir de las elaboradas por organismos internacionales, otras Partes, científicos independientes, etc. Esta evaluación la define como un proceso caracterizado por una investigación y análisis sistemáticos, disciplinados y objetivos, es decir, un modo de estudiar y clasificar hechos y opiniones. Sin embargo, «eso no significa que se reduzca exclusivamente a las cuestiones susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o experimentales vinculados a las ciencias físicas». Añade que se pueden tener en cuenta los riesgos derivados del incumplimiento de la normativa, así como de las dificultades de control e inspección de las actividades sometidas a dicha normativa²⁰. Pero el mismo Órgano de Apelación es consciente de los límites en las consecuencias que se pueden anudar a los resultados de una evaluación de riesgos —lo que se manifiesta con especial in-

¹⁹ En concreto, a pesar de que el propio presupuesto de hecho del párrafo 7 del artículo 5 es la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes y de que en él se habla no de evaluación del riesgo sino de la información pertinente de que se disponga, el Órgano de Apelación ha recalado que «el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF», esto es, que incluso en este supuesto, las medidas sanitarias o fitosanitarias que adopten los Miembros tienen que basarse en «una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes» [Informe del Órgano de Apelación, de 16 de enero de 1998, As. Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párr. 125].

²⁰ Explicitamente, el párrafo 2 del art. 5 del Acuerdo MSF establece que «al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas,...». En la misma línea, la definición que en el Anexo A se da de Evaluación del riesgo incluye incluso «las posibles consecuencias económicas conexas». Avanzando un paso más, el Órgano de Apelación ha afirmado que no hay nada en el Acuerdo que no permita interpretar estas enumeraciones como una lista abierta.

tensidad en las circunstancias especiales en las que está llamado a jugar el principio de precaución (situaciones con incertidumbre científica o sin estudios suficientes)—, y por ello afirma que la evaluación no tiene que llegar a una conclusión monolítica que coincida con la acogida implícitamente en la medida adoptada. En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos cualificados que han investigado la cuestión objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica suficiente para el Órgano de Apelación, que admite no sólo las medidas basadas en la opinión científica dominante sino también en una opinión discrepante si procede de fuentes competentes y respetadas (Informe de 16 de enero de 1998, As. Comunidades Europeas-Hormonas, párr. 194)

Por lo que concierne a las medidas, el Órgano de Apelación considera que no son arbitrarias si existe una relación racional con los resultados de la evaluación del riesgo. Para dilucidar si es o no discriminatoria se sirve de criterios complementarios. En particular, un cierto grado de coherencia con el nivel de protección para la salud adoptado, en general, por la Parte, según lo que se desprenda de su ordenamiento y, en especial, de otras medidas tomadas en supuestos o riesgos parecidos, inclina a entender que no hay discriminación. Por el contrario, esa incoherencia sería una «señal de aviso» de discriminación y, por ende, de una restricción prohibida del comercio internacional, pero que no determina automáticamente su existencia.

En todo caso, como adelantábamos, se impone a la Parte que se sirve del principio de precaución el deber de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más completa del riesgo, de lo que depende el mantenimiento de la medida, su derogación o modificación²¹.

Finalmente, a la hora de analizar la licitud de este tipo de medidas, también debe tenerse en cuenta que el Acuerdo MSF establece que las medidas que adopten las Partes que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales se presumirán compatibles con sus disposiciones. Más aún, a la hora de definir «normas, directrices y recomendaciones internacionales», el Acuerdo MSF, en lo relativo a la inocuidad de los alimentos, se refiere expresamente a las establecidas por la Comisión del *Codex Alimentarius*. Cobran, así, especial trascendencia las normas y otros documentos que elabora y publica

²¹ En alguna ocasión, la apreciación del incumplimiento de este requisito ha sido utilizada por los Grupos de Trabajo y el Órgano de Apelación para declarar la inadecuación de la medida en cuestión a las previsiones del Acuerdo MSF, sin ni siquiera examinar si la medida se había adoptado en un marco de incertidumbre científica y sobre la base de la información pertinente de que se disponía (Informe del Órgano de Apelación de 22 de febrero de 1999, As. Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas, WT/DS76/AB/R, párrs. 87-ss.). Esta posición es, a nuestro juicio, muy discutible, pues significa primar en exceso los requisitos formales sobre los materiales y, en su caso, el libre comercio frente a la protección de la salud pública.

esta Comisión²² y, por tanto, la acogida o rechazo que en ellos tenga el principio de precaución. Al respecto, la Comisión del *Codex* ha dirigido un mandato al «Comité sobre principios generales» para que complete los principios del análisis de riesgos en el ámbito del *Codex*²³. Este Comité, aunque no ha terminado aún el trabajo encargado, propuso a la Comisión, que la adoptó²⁴, la siguiente *posición*:

«Cuando haya pruebas de que existe un riesgo para la salud humana pero los datos científicos son insuficientes o incompletos, la Comisión no deberá proceder a elaborar una norma sino que examinará la conveniencia de elaborar un texto afín como, por ejemplo, un código de prácticas, siempre que tal texto esté respaldado por los datos científicos disponibles».

Se trata de una postura intermedia entre la manifestada por algunos Estados, que propugnaban la total abstención de la Comisión en tales supuestos, y la de aquellos otros partidarios de la aprobación de normas del *Codex* basadas en el principio de precaución. Estos últimos, entre otros argumentos, recordaban que la Conferencia Internacional de la FAO sobre «Comercio Internacional de Alimentos a Partir del Año 2000: Decisiones basadas en criterios científicos, armonización, equivalencia y reconocimiento mutuo» (Melbourne, 11-15 de octubre de 1999), entre sus recomendaciones generales había instado a todas las partes «a que reconozcan que la precaución ha sido y debe seguir siendo un elemento esencial del análisis de los riesgos en la formulación de las normas nacionales e internacionales...»²⁵.

En cualquier caso, a pesar de la tímida posición expresada por la Comisión del *Codex*, no deja de tener trascendencia, por cuanto la conformidad de medidas sanitarias con esos otros documentos también pueden gozar de la presunción de compatibilidad con las disposiciones del Acuerdo MSF.

²² La Comisión del *Codex Alimentarius* fue creada en 1963 por la FAO y la OMS para desarrollar normas alimentarias, reglamentos y otros textos relacionados, tales como códigos de prácticas, bajo el Programa Conjunto FAO/OMS de Normas Alimentarias.

²³ En principio, el mandato dirigido al Comité (en el Plan de Acción adoptado en 1997), era el de completar los principios de análisis de riesgos en el ámbito del *Codex*. No obstante, en sus trabajos preparatorios, este Comité había incluido también una serie de orientaciones a los Estados –esto es, más allá del estricto ámbito del *Codex*– a la hora de analizar los riesgos, lo que había creado algunos problemas. En su 24º periodo de sesiones, la Comisión del *Codex Alimentarius* confirma su mandato inicial para completar estos principios en el ámbito del *Codex*, añadiendo que «el Comité debía elaborar las orientaciones a los gobiernos sucesivamente o en paralelo, según procediera conforme a su programa de trabajo».

²⁴ En su 24º periodo de sesiones, celebrado en Ginebra, del 2 al 7 de julio de 2001, párr. 83.

²⁵ Aunque el texto omite la expresión «principio», debe destacarse el reconocimiento implícito que contiene a que esta forma de proceder –la que implica el principio de precaución– no es algo nuevo en la actuación pública para la protección de la salud en el campo alimentario y, más en concreto, en la aprobación de normas.

Otra muestra de aplicación, si quiera de manera parcial, del principio de precaución en el *Codex Alimentarius*, la encontramos en sus «Principios Generales para el Uso de Aditivos Alimentarios»²⁶, donde se establece que «únicamente deberán aprobarse los aditivos alimentarios que, según hasta ahora pueda juzgarse por las pruebas disponibles, no presentan riesgo para la salud del consumidor a las dosis de empleo propuestas»²⁷.

5. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA; PARTICULAR REFERENCIA A SU APLICACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES

El principio de precaución luce ya expresamente en el Derecho originario de la Comunidad Europea, aunque traducido oficialmente como «principio de cautela». Sólo aparece referido expresamente a la protección del medio ambiente y sin contener ninguna aclaración sobre su significado o forma de aplicación. Ahora, el artículo 174. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada; antes art. 130 R), afirma que «la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente ... se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga». El principio de precaución o de cautela es, pues, el primero de los enunciados. Junto a ello, para nuestro propósito, hay que destacar, al menos, otros dos aspectos de ese artículo: de un lado, la declaración de que la política comunitaria de medio ambiente «contribuirá a alcanzar ... la protección de la salud de las personas»; de otro, que en la elaboración de su política ambiental «tendrá en cuenta los datos científicos y técnicos disponibles». Se deduce así que el principio de precaución debe extenderse a la protección de la salud humana, lo que supone incluir la salud de los consumidores, y que a este respecto, como a los demás, hay que tomar medidas con los datos «disponibles», aunque no sean todavía definitivos ni concluyentes.

Naturalmente, la proclamación expresa del principio de precaución o cautela en lo que pudiera considerarse algo parecido a la Cons-

²⁶ CAC/MISC 1-1972. Adoptados por la Comisión del *Codex Alimentarius* en su noveno período de sesiones (ALINORM 72/35, párr. 295).

²⁷ Algo similar recoge el Anexo II de la Directiva 89/107/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre los aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano.

En contra de la consideración del instrumento de las listas positivas como una aplicación del principio de precaución, *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, que las considera, más bien, una manifestación del principio de prevención («La aplicación del principio...», *op. cit.*, p. 22).

titudin europea ha impulsado su aplicaci3n, que se refleja en diversos textos y normas de Derecho derivado, as3 como en la jurisprudencia comunitaria. En este plano es ya indudable su aceptaci3n en todo lo que se refiere a la salud humana y, de una u otra forma, a la protecci3n de la salud y seguridad de los consumidores. Se refleja as3 en normas y decisiones comunitarias sobre aspectos concretos como las relativas a organismo modificados gen3ticamente (OMG), empleo de antibi3ticos en la alimentaci3n animal o exportaci3n de bovinos de Gran Bretaña en la crisis de las vacas locas, por s3lo citar algunos de los ejemplos m3s sobresalientes. Aparte de ello, varias declaraciones generales demuestran la recepci3n del principio, en particular, en relaci3n con la defensa de los consumidores²⁸. Destacable es que el Consejo de la Uni3n Europea, en Resoluci3n de 13 de abril de 1999, pidi3 a la Comisi3n que «siga en el futuro, con mayor determinaci3n a3n, el principio de precauci3n en la preparaci3n de propuestas legislativas y en sus otras actividades relacionadas con la pol3tica de los consumidores». Da por hecho que ya se viene aplicando el principio de precauci3n en la defensa de los consumidores y, lejos de rechazarlo, se pide que se avance m3s en esa direcci3n.

En esta evoluci3n, la Comunicaci3n de la Comisi3n de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso al principio de precauci3n [COM (2000) 1 final] constituye un hito importante. Ante todo debe destacarse que para esta Comunicaci3n es indiscutible la vigencia del principio en la Comunidad Europea y simplemente se enfatiza su importancia al seÑalar que «el recurso al principio de precauci3n constituye un elemento esencial de su pol3tica». Sobre esa base indiscutible, formalmente s3lo persigue informar «sobre el modo en que la Comisi3n pretende aplicar el principio de precauci3n» y, as3, despejar dudas y recelos sobre su utilizaci3n arbitraria o como forma de proteccionismo encubierto. Pero es tambi3n orientativa sobre el significado mismo del principio y, en especial, para todas las instituciones comunitarias y para los Estados miembros que, tal vez, s3lo podr3n invocar el principio de precauci3n para justificar medidas restrictivas de la libertad de circulaci3n de mercanc3as dentro de la Comunidad si respetan las condiciones que establece

²⁸ As3, la Comisi3n, en su Comunicaci3n de 30 de abril de 1997 sobre la salud del consumidor y la seguridad alimentaria [COM (97) 183 final], declar3: «En su an3lisis de riesgos, la Comisi3n se guiar3 por un principio de prudencia en los casos de base cient3fica insuficiente o sobre los que no existe certidumbre». En el Libro Verde «Principios generales de la legislaci3n alimentaria de la Uni3n Europea» se dice: «Cuando no sea posible realizar una evaluaci3n exhaustiva de los riesgos, las medidas deben basarse en los principios de precauci3n». En la Resoluci3n del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 1998 sobre el referido Libro Verde de la legislaci3n alimentaria se «subraya que la pol3tica al respecto debe basarse en una an3lisis de riesgos fundamentado en datos cient3ficos y completado, en su caso, mediante una gesti3n de riesgos adecuada basada en el principio de precauci3n».

la Comunicación pues, de lo contrario, la Comisión reaccionaría contra ellos. Resumamos esquemáticamente sus principales aspectos:

- Afirma, primero, que tal principio se aplica en la gestión de riesgos (o sea, en términos más tradicionales, en la toma de decisiones por los responsables políticos), no en la determinación o evaluación del riesgo (que es una fase anterior dominada por los científicos y en la que lo procede es algo parecido, pero distinto, cual es la aplicación de criterios de prudencia que deben presidir las pruebas, su valoración, los cálculos de riesgos, etc.). En cualquier caso, aparece como un principio que incumbe a las autoridades públicas, no a los sujetos privados que crean riesgos.
- Segundo, perfila el supuesto de hecho en el que principio de precaución es aplicable. Lo hace con distintas fórmulas a lo largo de su texto, pero siempre coincidentes en lo esencial, en la incertidumbre científica sobre un riesgo: «este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal que pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido»; «cuando la incertidumbre científica no permite una evaluación completa del riesgo»; «en la hipótesis de riesgo potencial, aunque este riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda cuantificarse su amplitud o no puedan determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos». No hay, sin embargo, una referencia específica, como la que tanto se repite en los textos internacionales, a que el temido daño sea grave e irreversible. Aquí más bien se exige sólo que pueda estar «amenazado el nivel de protección deseado» o que supere «el nivel de riesgo aceptable». Por otro lado, tampoco se circunscribe el principio de precaución a los riesgos a largo plazo, aunque se reconoce que son ellos los que con más frecuencia ocasionan su aplicación.
- Tercero, en cuanto a la toma de decisión, la Comunicación se muestra ella misma sumamente cautelosa. Lo único que queda claro es que en la situación de incertidumbre científica «los políticos están obligados a (dar) respuestas», a decidir «sin esperar a disponer de todos los conocimientos científicos necesarios», teniendo en cuenta los datos científicos con los que se cuenta, aunque no sean concluyentes. Esa «respuesta» debe ser provisional pues ha de estar en función de la evolución de los estudios cien-

tíficos, que en todo caso deben continuar. Pero, aun así, no descarta que lo procedente sea «la decisión de no actuar» o acordar sólo una recomendación o únicamente informar a los sujetos expuestos al riesgo... Incluso parece aceptar que hay también una «decisión de invocar o no el principio de precaución». Parece, así, que el principio de precaución legitima la adopción de medidas, incluso medidas limitativas de la libertad de empresa y de la libre circulación de mercancías y del comercio internacional, pero que no impone tomar esas medidas ni, menos aún, condiciona por completo la que deba adoptarse. En todo caso, se insiste en que la decisión debe respetar otros principios, como los de transparencia, participación, proporcionalidad y no discriminación, pero todo esto no es propio del principio de precaución ni exclusivo de los casos en que se aplique.

Para su aplicación a la defensa de los consumidores, capital es la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad de los productos. En su artículo 8.1 enumera las más típicas de las medidas que deben adoptar «las autoridades competentes de los Estados miembros» para garantizar la seguridad, o sea, para evitar riesgos, tales como prohibir la puesta en el mercado de productos peligrosos, organizar su retirada del mercado o, incluso, su recuperación de los consumidores cuando el producto peligroso ya haya llegado a éstos. Y el siguiente apartado dispone que «cuando las autoridades de los Estados miembros» adopten las medidas previstas «actuarán de conformidad con lo dispuesto en el Tratado y, en particular, en sus arts. 28 y 30, de manera que las medidas se apliquen de forma proporcionada a la gravedad del riesgo teniendo debidamente en cuenta el principio de cautela»²⁹. Es muy importante notar que la Directiva no se refiere al comportamiento de las instituciones comunitarias y a su aplicación del principio de cautela, sino a los Estados miembros y que el precepto, por una parte, lo enuncia como una especie de legitimación para restringir la libre circulación de mercancías y, además, como un mandato a las autoridades nacionales que precisamente deben tener en cuenta el principio de cautela, aunque nada se dice de su alcance, condiciones y límites.

A este respecto, más explícito y no menos relevante para nosotros es el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Conse-

²⁹ Además de esta referencia genérica, hay algunas previsiones más concretas en las que podría vislumbrarse un reflejo del principio de precaución como cuando para «todo producto que pueda ser peligroso» permite «prohibir temporalmente, durante el periodo necesario para efectuar ... evaluaciones de seguridad, que se suministre, se proponga su suministro o se exponga» (art. 8.1.d).

jo de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. En lo que ahora interesa, parte de que, como primera fase, debe procederse a la «determinación del riesgo» que, por supuesto, se debe basar «en las pruebas científicas disponibles» (art. 6.2). Sobre esa base y otras consideraciones políticas o de otra índole, se tomarán las decisiones que se consideren pertinentes. A esta fase, con una terminología que ya se ha hecho habitual en este y otros ámbitos, se le llama «gestión del riesgo». Es justamente en esta fase en la que se introduce una referencia explícita al principio de cautela: no sólo hay que tener en cuenta los resultados de la determinación científica del riesgo, sino «otros factores relevantes» y, en su caso, el principio de cautela (art. 6.3). El siguiente artículo está dedicado específicamente a este principio.

«Art. 7. Principio de cautela

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

2. Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado para la vida o la salud y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva».

Bástenos destacar que del contexto general de este Reglamento se deduce que la posible invocación del principio de cautela que permiten sus artículos 6 y 7 se refiere tanto a las instituciones comunitarias como a las autoridades de los Estados miembros y que la «legislación alimentaria» a la que se refiere no es sólo la comunitaria sino también la «aplicable ... a nivel nacional». Supone, sin duda, un reconocimiento de que

los Estados miembros pueden invocar el principio de precaución para imponer límites a la libre circulación de mercancías en productos no armonizados. Más dudoso —como expondremos a continuación— es si también podrían invocar el principio para establecer limitaciones adicionales en productos ya armonizados por la Comunidad, es decir, si podrían introducir más limitaciones que la Comunidad basándose en datos científicos no concluyentes. En cualquier caso, el establecimiento de un marco jurídico para la utilización del principio de precaución ya supone un límite para su invocación indiscriminada³⁰. Pero las zonas grises son todavía muy numerosas. Así, no hay elementos definitivos sobre si el principio de precaución incorpora un mandato, como pudiera hacer pensar el artículo 6.3, o sólo una habilitación para adoptar medidas restrictivas de la libertad pese a no contar con una base científica definitiva. Este último es lo que puede deducirse del transcrito artículo 7 que dice «podrán», no deberán.

Por su parte, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas no han dudado en proclamar la aplicación del principio de precaución más allá de la normativa medioambiental en el ámbito de la protección del derecho a la salud. Esencialmente, lo han aplicado con dos funciones diferentes: a) de un lado, para controlar las medidas adoptadas por los órganos comunitarios; b) de otro, para controlar las medidas tomadas por los Estados miembros, en especial, para aceptar o rechazar aquéllas que limiten la libre circulación de mercancías.

a) Por lo que respecta al control de decisiones comunitarias, posiblemente, la primera acogida expresa del principio de precaución se encuentra en las dos SSTJCE de 5 de mayo de 1998 (asuntos EEB y National Farmers)³¹, ambas a propósito de decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias contra la encefalopatía espongiiforme bovina (EEB) a raíz de la crisis de las vacas locas, en particular de la prohibición de comercializar ganado bovino y carne de vacuno o productos derivados desde el Reino Unido a los demás Estados miembros y a terceros países. La propia Exposición de Motivos de la Decisión comunitaria impugnada aludía a que «en la situación actual no es posible adoptar una postura definitiva acerca del riesgo de transmisión de la encefalopatía espongiiforme bovina al hombre; que no se puede excluir la existencia de dicho riesgo; que la consiguiente incertidumbre ha causado una gran preocupación entre los consumidores...». Motivos éstos

³⁰ Sobre la base de la Proposición que precedió a este Reglamento, A. ALEMANNO afirmó que este encuadramiento jurídico del principio de precaución tenía como consecuencia que la carga de la prueba correspondía al Estado que adoptaba la medida («Le principe de précaution...», op. cit., p. 947).

³¹ SSTJCE de 5 de mayo de 1998, Gran Bretaña contra Comisión, C-180/96, As. EBB, ap. 100; y en el As. National Farmers' (cuestión prejudicial), C-157/96, ap. 64.

que justifican la adopción de la medida. Ante las alegaciones de Reino Unido de vulneración del los principios de libre circulación de mercancías, seguridad jurídica, proporcionalidad..., el Tribunal, en lo que ahora nos interesa, afirmó que

«ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos» (ap. 99).

Más recientemente, también se ha ocupado extensamente sobre esta función del principio de precaución la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, Pfizer contra Consejo de la Unión Europea, sentencia que nos permite exponer el estado de la cuestión³². La empresa Pfizer recurría un Reglamento comunitario que prohibía un aditivo antibiótico para piensos que hasta entonces estaba permitido. La sentencia sintetiza así el contexto científico en que se adoptó la prohibición: la resistencia a los antibióticos es uno de los principales problemas de salud pública en Europa; no están completamente claras las causas del desarrollo de esta resistencia en el ser humano, aunque existe consenso en que el motivo básico es una utilización excesiva e inadecuada de los antibióticos en la medicina humana (no en los animales); los científicos suelen reconocer que también existe una relación entre la alimentación de animales con componentes antibióticos y la resistencia a dichos productos en el ser humano; se supone que la resistencia a los antibióticos desarrollada en los animales puede ser transmitida a las personas que ingieren su carne, aunque continúa siendo objeto de controversia la posibilidad y probabilidad de dicha transferencia. De hecho, buen número de organismos internacionales, entre ellos la OMS, habían recomendado poner fin a la utilización de los antibióticos en la alimentación del ganado. No obstante, en el infor-

³² En la misma fecha, y con argumentos similares, se resolvió también el asunto Alpharma (as. T90-99). Un análisis de estas sentencias en Marta PARDO LEAL, « Peligros, riesgos y principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: las sentencias Pfizer Animal Health, SA y Alpharma Inc.», *Derecho de los Negocios*, nº 151, 2003, pp. 1-13; y Enrique MARTÍNEZ PÉREZ, «La delimitación jurisprudencial comunitaria de los requisitos para la aplicación del principio de precaución por las instituciones comunitarias», *Estudios sobre Consumo*, nº 66, 2003.

En el lapso del tiempo transcurrido desde la redacción de este artículo hasta la corrección de pruebas de imprenta, se han publicado nuevas sentencias, donde el TPI o el TJCE vuelven a utilizar, implícita o explícitamente, el principio de precaución, profundizando algunas de ellas en los aspectos aquí señalados. En particular, destacamos la STPI, de 26 de noviembre de 2002, As. Artegodan/Comisión; las STPI, de 28 de enero de 2003. As Les Laboratoires Servier; la STJCE, de 24 de octubre de 2002, As. Walter Hahn; y la STJCE, de 3 de julio de 2003, As. Josep Lennox.

me emitido por el correspondiente Comité científico dependiente de la Comisión, tras confesar que no existía una evaluación del riesgo, se concluía que «alberga el firme convencimiento de que cualquier riesgo que pudiera plantear en el futuro la utilización del (antibiótico en cuestión) no se materializará en el periodo de tiempo necesario para llevar a cabo la ... evaluación (del riesgo), y muy probablemente tampoco en los años siguientes». En este contexto y a pesar de la opinión del COmité Científico, el Consejo, invocando expresamente el principio de precaución, acordó la prohibición.

La sentencia, no sólo reconoce el principio de precaución, sino que destaca la posibilidad de invocarlo pese a no contarse con una evaluación de riesgo propiamente dicha. Así, tras reiterar la jurisprudencia arriba recogida de las sentencias sobre EEB, añade que, puesto que la aplicación de este principio se produce por definición en un contexto de incertidumbre científica, «no cabe exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente a las instituciones comunitarias pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara». Más aún, se reconoce que en algunas de las ocasiones en que se aplica el principio es imposible efectuar una evaluación científica completa de los riesgos. Por es necesario que el riesgo esté «suficientemente documentado a la vista de los datos científicos disponibles»: «el principio de cautela sólo puede aplicarse por tanto cuando exista un riesgo, y en particular un riesgo para la salud humana, que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no ha podido ser plenamente demostrado». Por otra parte, también deja claro que el principio de cautela puede legitimar estas medidas, pero sin llegar a imponer su adopción: «En una situación de esta índole, corresponde por tanto a la autoridad pública competente ponderar las diferentes obligaciones a que está sujeta y decidir, o bien esperar a disponer de los resultados de una investigación científica más profunda, o bien actuar basándose en los conocimientos científicos disponibles»³³.

³³ Esta idea de que el principio de precaución no llega a suponer un mandato en la dirección más protectora se ve confirmada en la STJCE, de 5 de octubre de 1999, España contra Consejo, As. Reparto de las posibilidades de pesca, donde tras reiterar que las disposiciones comunitarias que fijan las condiciones de acceso a las aguas y a los recursos se elaboran a la luz de los análisis biológicos, socioeconómicos y técnicos disponibles, «la inexistencia o el carácter no concluyente de dichos análisis no debe impedir al Consejo adoptar las medidas que estime indispensables para alcanzar los objetivos de la política común de pesca ...», en tales circunstancias, el Consejo no sólo está legitimado para adoptar medidas de conservación más rigurosas, sino también para autorizar, con la prudencia necesaria, un mayor acceso a los recursos pesqueros» (ap. 32).

En corrección de pruebas, debemos mencionar la STPI, de 26 noviembre de 2002, As. Argeodan/Comisión que parece separarse de esta línea jurisprudencial al afirmar que el principio de precaución «impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos».

Como se habrá observado, la jurisprudencia comunitaria se muestra algo más permisiva en la invocación del principio de precaución que el Órgano de Apelación de la OMC, tanto al fijar los requisitos como al precisar el alcance del control³⁴. Y puede que lo que a los Tribunales comunitarios parezca bien, no pase la criba de la OMC, como así ha ocurrido alguna vez³⁵.

b) Por lo que respecta al control de las medidas adoptadas por los Estados miembros, la jurisprudencia es clara para los aspectos que no han sido objeto de armonización comunitaria. Deben destacarse la STJCE, de 14 de julio de 1983, Asunto Sandoz; la STJCE de 12 de marzo de 1987, Comisión contra Alemania, Asunto Ley de pureza de la cerveza alemana; y más recientemente, parte de la STJCE, de 13 de diciembre de 2001, Comisión contra Francia, As. Rechazo al fin del embargo sobre la carne de bovino británico. En ellas se admite que las excepciones a la libre circulación de mercancías que, entre otras cosas pueden basarse en exigencias de protección de la salud, no requieren la absoluta certeza científica. Así, los Estados pueden introducirlas, incluso para mercancías lícitamente comercializadas en el país de origen, en situaciones de incertidumbre científica siempre que se den las condi-

³⁴ Conviene comenzar por recordar que el control jurisdiccional comunitario tiene limitaciones notables. Tal y como suelen reiterar las mismas sentencias que se ocupan del principio de precaución, «las instituciones comunitarias gozan de una amplia facultad de apreciación en lo que respecta a la definición de los objetivos perseguidos y a la elección de los instrumentos de acción adecuados. En este contexto, el control de fondo del juez comunitario debe limitarse a examinar si, al ejercer dicha facultad de apreciación, las instituciones comunitarias incurrieron en error manifiesto o desviación de poder o, también, si rebasaron manifiestamente los límites de sus facultades de apreciación». A límites verdaderamente insospechados llega la STJCE de 13 de noviembre de 1990, cuestión prejudicial, as. Fedesa y otros, que ante la alegación de la existencia de pruebas científicas que demuestran la inocuidad de las cinco hormonas prohibidas, la sentencia afirma que «sin que sea necesario ordenar la práctica de pruebas para comprobar la exactitud de esta alegación, baste decir que, ante las diferencias de apreciación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros, diferencias que se reflejan en las divergencias entre las legislaciones nacionales existentes, el Consejo se mantuvo dentro del ámbito del ejercicio de su facultad discrecional, optando por elegir la solución de prohibir las hormonas de referencia y responder de este modo a las preocupaciones expresadas por el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, así como por varias organizaciones de consumidores» (ap. 9).

Más intenso –aunque su formulación también es difusa– es, sin embargo, el control a la hora de resolver diferencias en el seno de los Acuerdos de la OMC. Así, el Órgano de Apelación ha entendido que no se trata de un control *ex novo* propiamente dicho, pero tampoco de un control de deferencia total (sólo se controlaría que se han respetado los elementos formales exigidos por el Acuerdo MSF), «sino más bien una evaluación objetiva de los hechos» (Asunto Comunidades Europeas- Hormonas, párr. 117).

A propósito de esta aplicación más «edulcorada» del principio de precaución en el seno de la OMC, *vid.* N. de SADELEER, «Les avatars du principe de précaution...», *op. cit.*, p. 560.

³⁵ La STJCE de 13 de noviembre de 1990, cuestión prejudicial, as. Fedesa y otros, admitió la validez de la Directiva 88/146/CE, que prohibía la utilización en la alimentación animal de ciertas sustancias de efecto hormonal. Por el contrario, esa disposición y otras posteriores, como ya expusimos, se entendieron contrarias al Acuerdo MSF por parte del Órgano de Apelación.

ciones generales del principio de precaución y los demás requisitos, en especial, la proporcionalidad de la medida³⁶. No se trata realmente, según entendemos, de una excepción a los artículos 30 y 36 TCE (arts. 28 y 30 de la versión consolidada) ni de un rechazo de la jurisprudencia Cassis de Dijon y el consecuente principio del reconocimiento mutuo, pero sí de una matización que frena las interpretaciones más radicales y que, en cualquier caso, incluye entre las razones de protección de la salud las que aparecen ante riesgos en incertidumbre científica³⁷.

Por su parte, en lo relativo a los ámbitos armonizados, también encontramos alguna jurisprudencia que en abstracto parece admitir la posibilidad de que los Estados miembros adopten aquí medidas restrictivas a la libre circulación de mercancías basadas en el principio de precaución³⁸. En concreto, nos referimos a la STJCE, de 21 de marzo de

³⁶ En la primera de ellas, a propósito de una cuestión prejudicial, se analizaba si era conforme al Tratado un norma holandesa que establecía que aquellos alimentos y bebidas destinados al consumo humano a los que se añadiera vitaminas estaban sometidos a una previa autorización administrativa. A este respecto, el Tribunal afirma que «en la medida en que subsista la incertidumbre científica, y a falta de armonización, son los Estados miembros quienes deciden en qué medida desean garantizar la protección de la salud y de la vida de las personas, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad». Y, por consiguiente, admite en abstracto la conformidad con el Tratado de una reglamentación con ese contenido. Más aún, en el caso concreto, se admite la decisión holandesa de no autorizar a Sandoz para comercializar en su territorio unos productos y bebidas alimenticios, lícitamente comercializados en otros Estados miembros, a los que se había añadido vitaminas A y D.

³⁷ En general, sobre la relación entre el principio de precaución y el de reconocimiento mutuo, *vid.* A. ALEMANNI, «Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché Intérieur?», *Revue du Droit de l'Union européenne*, 4-2001, pp. 917-ss.

De la utilización por los Estados de la UE del principio de precaución y de sus consecuencias sobre la libre circulación de mercancías, también se ocupa L. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. EHRING y C. JACQUET, en «Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé», *Revue du Marché Unique Européen*, n° 1, 199, pp. 79-129. De lo expuesto por estos autores sobre esta cuestión destacamos tres ideas: en primer lugar, que debe concurrir una gravedad en el riesgo y una situación de urgencia; en segundo lugar, que la prosperidad de estas medidas nacionales adoptadas en virtud del principio de precaución y que excepcionan lo previsto en el artículo 30 del Tratado debe ser examinada de manera más estricta que en el caso de un acto comunitario; finalmente, que «La carga de la prueba para todos los actos que justifican una derogación sobre la base del artículo 36 incumbe al Estado miembro que invoca esta excepción (...). La alegación de este principio (el de precaución) tiene únicamente por efecto modificar los hechos que se tienen que probar. En lugar de la existencia del riesgo, basta con demostrar la existencia de indicios suficientemente fundados. En este sentido, el principio de precaución aligera la carga de la prueba reduciendo el peso de los hechos que tienen que probarse, pero no la invierte».

³⁸ Las vías para este fenómeno podrían ser varias. Una primera, podría encontrarse en el art. 95.4 TCE (versión consolidada) que prevé con carácter excepcional —no llegan a cinco las ocasiones en que se ha admitido— y sometido a un intenso procedimiento de control comunitario, que un Estado pueda mantener disposiciones nacionales distintas de las armonizadas, «justificadas por algunas de las razones importantes contempladas en el artículo 30 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente». Otra, en las denominadas «cláusulas de salvaguardia», que se recogen en buena parte de las normas comunita-

2000, As. *Greenpeace France*, donde se afirma expresamente que en la Directiva sobre liberación intencional en el medio ambiente de OMG, «el respeto del principio de precaución encuentra su expresión ... en la facultad de todo Estado miembro, prevista en el artículo 16 de esta Directiva, de restringir o prohibir provisionalmente el uso y/o la venta en su territorio de un producto que haya sido objeto de autorización respecto al cual existan razones suficientes para considerar que presenta un riesgo para la salud humana o el medio ambiente»³⁹. Parece aquí admitirse la posibilidad de los Estados miembros hagan uso de la cláusula de salvaguardia en situaciones de incertidumbre científica, sobre la base del principio de precaución⁴⁰. A nuestro juicio, esto no será posible cuando la propia incertidumbre científica ya hubiese sido un elemento tenido en cuenta a la hora de elaborar la norma armonizada, pues significaría sustituir la apreciación realizada por las instituciones comunitarias por la de los Estados miembros, pero sí cuando la incertidumbre

rias de armonización técnica en el campo de la seguridad y salud de las personas (previstas expresamente en el art. 95.10 TCE). Por su amplio campo de aplicación, deben destacarse las cláusulas de salvaguardia incluidas en la Directiva sobre seguridad general de los productos del 2001 y en el Reglamento CE de seguridad alimentaria. El art. 14.8 de este último establece que «la conformidad de un alimento con las disposiciones específicas que le sean aplicables no impedirá que las autoridades competentes puedan tomar las medidas adecuadas para imponer restricciones a su comercialización o exigir su retirada del mercado cuando existan motivos para pensar que, a pesar de su conformidad, el alimento no es seguro». La propia expresión utilizada, «motivos para pensar», a nuestro juicio, tiene tal amplitud que puede incluir aquellos supuestos de incertidumbre científica. De hecho, en ocasiones, utilizando otras cláusulas de salvaguardia similares, así ha ocurrido (en 1998, invocando la cláusula de salvaguardia prevista en el art. 11 de la Directiva 70/524, Dinamarca –sobre la base de un informe científico novedoso– prohibió el uso en su territorio de la virginiamicina en la alimentación animal, cuando ésta era una de las sustancias expresamente autorizadas por dicha Directiva y los datos científicos existentes eran inciertos –algunos meses más tarde las propias instituciones comunitarias acordaron suprimir también dicha sustancia de la lista de las permitidas–). Finalmente, en cuanto a la relación entre estas cláusulas de salvaguardia y el artículo 36 del Tratado, debe destacarse que la jurisprudencia comunitaria mantiene que «cuando las directivas comunitarias prevén la armonización de las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud de... las personas y establecen procedimientos comunitarios de control de su observancia, deja de estar justificado el recurso al artículo 36 del Tratado, y es en el marco trazado por la directiva de armonización en el que deben efectuarse los controles apropiados y adoptarse las medidas de protección» (Sentencias de 22 de octubre de 2002, As. *National Farmers' II*, ap. 48; y sentencia de 3 de julio de 2003, cuestión prejudicial, As. C-220-01, ap. 68).

³⁹ En la misma línea, la sentencia del Tribunal de justicia de 3 de julio de 2003 –cuestión prejudicial, as. C-220/01– concluye la conformidad con el Derecho comunitario de una norma italiana que, a lo establecido en la Directiva reguladora de los controles veterinarios en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos, añadía la exigencia de que al importar bovinos u ovinos procedentes de ciertos Estados el certificado sanitario tenía que incluir una mención especificando que éstos habían nacido y habían sido criados en explotaciones en las que no se había registrado ningún caso de EEB. Ello sobre la base de «nuevas informaciones que modifican de manera significativa la percepción del peligro que supone una enfermedad» y «teniendo en cuenta las incertidumbres existentes en ese momento en cuanto a las formas de transmisión de la enfermedad».

⁴⁰ Al respecto, *vid.* A. ALEMANNI, «Le principe de précaution ...», *op. cit.*, pp. 944-45.

surge *a posteriori* o cuando aparecen nuevos datos que no fueron tenidos en cuenta en aquella apreciación inicial. En este contexto, desde un punto de vista teórico, resultaba de gran interés el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Francia por no adoptar ésta las medidas necesarias para cumplir con las decisiones comunitarias que ponían fin al embargo sobre la carne bovina británica. Francia mantuvo el embargo, pues dudaba de la eficacia del régimen establecido por la Comunidad, sobre la base del principio de precaución. Sin embargo, la STJCE de 13 de diciembre de 2001, no entra en el fondo de la cuestión, por el motivo procesal de que «en el marco de un recurso por incumplimiento, un Estado miembro no puede alegar una eventual ilegalidad de las medidas cuya ejecución persigue la Comisión»⁴¹.

En todo caso, el principio de precaución o cautela no se ha convertido en una norma que perse dé nuevas posibilidades a las instituciones comunitarias o a los Estados miembros. Más bien ha servido para perfilar las posibilidades que otras reglas ya les otorgan.

6. LA FORMAL Y EXPRESA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS NACIONALES. EL CASO FRANCÉS

Algunos Estados han proclamado en su Derecho positivo el principio de precaución, con distintas fórmulas y extensión. Constituye una referencia interesante el caso de Francia.

Allí, la formal introducción de este principio, que no se considera constitucionalizado⁴², se produjo por Ley de 2 de febrero de 1995 sobre refuerzo de la protección del medio ambiente (conocida como Ley Barnier) que modificó el Código Rural con un nuevo art. L 200-1, que enuncia los principios que «inspiran, en el marco de las leyes que definan el contenido», la protección de los recursos naturales. Encabezando la lista (antes del principio de acción preventiva, el de que quien contamina paga y el de participación) está el de nuestra atención:

⁴¹ Parece que Francia aprendió la lección y, en corrección de pruebas de imprenta, debemos dar noticia de la STJCE de 22 de mayo de 2003, en la que Francia impugnaba la decisión comunitaria de levantar el embargo sobre los productos bovinos procedentes de Portugal. La Sala no entra en el segundo motivo del recurso –que era el relativo a una violación del principio de precaución–, pues anula la decisión por violar el marco normativo establecido para levantar estos embargos: en particular, porque la Comisión no había efectuado las verificaciones exigidas para garantizar una seguridad suficiente en el funcionamiento de las medidas de prevención de la EEB que tenía que aplicar Portugal.

⁴² Así lo ha declarado el *Conseil Constitutionnel* en su decisión de 27 de junio de 2001: «el principio de precaución no constituye un objetivo de valor constitucional».

El principio de precaución, según el cual la ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe retardar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas tendentes a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente a un coste económico aceptable.

El precepto es tan prudente que resulta oscuro. Se le ha considerado un modelo de ambigüedad⁴³. Sobre todo porque, como ya hemos dicho, toda la enumeración de principios que contiene está encabezada por una referencia a las leyes a las que estos principios, incluidos el de precaución, deben inspirar. Así las cosas, se ha discutido si el principio es de aplicación directa o si, por el contrario, sólo podrá ser invocado en tanto que una Ley lo desarrolle y aplique⁴⁴. Pero, sea como fuere, el precepto transcrito se refiere sólo al medio ambiente.

No hay, sin embargo, una consagración legal del principio en relación con la protección de la salud pública. Pero ello no ha sido impedimento para que se acepte con amplitud por el Consejo de Estado, que no ha anulado las medidas tendentes a evitar riesgos para la salud humana aunque no hubiese datos científicos que demostraran con seguridad la existencia del daño combatido. Más aún, el principio de precaución se ha aplicado antes en asuntos en los que estaba en juego la salud pública que en los propiamente ambientales. Stahl, Comisario del Gobierno, afirmó que el «principio de precaución ha venido implícitamente a conformar las medidas de policía sanitaria»⁴⁵. Y si tales medidas son recurridas, el Consejo de Estado reitera esta fórmula: «Teniendo en cuenta las precauciones que se imponen en materia de protección de la salud pública, la Administración no ha cometido error manifiesto de apreciación»⁴⁶. No hay, pues, ilegalidad aunque la medida de policía sanitaria adoptada no combata un riesgo incontrovertido científicamente si, al menos, existen indicios científicos sobre su existencia. El Consejo de Estado deja un cierto margen de decisión a la Administración para valorar los estudios científicos disponibles y, por ahora, tanto por las limitaciones generales que se reconoce para controlar las medidas de policía como por las dificultades especiales que se presentan ante los supuestos de incertidumbre científica, se conforma con no detectar un error manifiesto de apreciación. Naturalmente, el juez no pretende encontrar la verdad científica y ni siquiera se atreve a sustituir a la Admi-

⁴³ Manuel GROS, en el trabajo conjunto con David DEHARBE, «La controverse du principe de précaution», op. cit., p. 823, dice que «la Pitonisa de Delfos, célebre por sus crípticas profecías, no lo habría hecho más ambiguo!».

⁴⁴ Vid. Chantal CANS, «Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité», *RFDA*, 15 (4) 1999, p. 754.

⁴⁵ Citado por Chantal CANS, «Le principe...», op. cit., p. 760.

⁴⁶ Vid. François EWALD, «Philosophie politique du principe de précaution», op. cit., p. 23.

nistración en la valoración de la incertidumbre científica. Pero, aun así, esto demuestra que el principio de precaución se ha convertido en un elemento de control del error manifiesto de apreciación⁴⁷. Incluso en algún caso ha aceptado la responsabilidad de la Administración por no haber adoptado medidas sanitarias para evitar un riesgo sobre el que no existía certeza científica⁴⁸.

Pero la aplicación más notable y comentada del principio de precaución fue la realizada por el Consejo de Estado en el asunto *Greenpeace France* (*arrêt* de 25 de septiembre de 1998), en la que le sirvió para suspender la eficacia de una autorización ministerial de comercialización de maíz transgénico. En alguna decisión posterior se manifiesta más o menos explícitamente la misma jurisprudencia, sobre todo en el caso del *arrêt* de 24 de febrero de 1999, *Société Pro-Nat*, en el que se discutía la legalidad de un Decreto que, ante los riesgos de transmisión a las personas de la encefalopatía espongiforme bovina, extendía la prohibición de utilización de ciertos productos de origen bovino en la elaboración de alimentos infantiles y complementos alimentarios, a los mismos productos de origen ovino y caprino, así como a otros productos de estas especies de origen embrionario⁴⁹.

En alguna de estas decisiones —sobre todo en la del asunto *Greenpeace France*— se puede llegar a entrever vagamente la posibilidad de

⁴⁷ Vid. Chantal CANS, « Le principe... », op. cit., p. 752.

⁴⁸ Es célebre el asunto de la sangre contaminada resuelto en el *arrêt* de 9 de abril de 1993: «Correspondía a la autoridad administrativa, informada el 22 de noviembre de 1984 de manera inequívoca de la existencia de un riesgo serio de contaminación para los que recibieran las transfusiones y de la posibilidad de evitarlo por la utilización de productos «chauffés» (se refiere a productos hemoderivados sometidos a procedimientos de destrucción viral basados en el calor) entonces disponibles en el mercado internacional, prohibir, sin esperar a tener la certeza de que todos los productos derivados de la sangre estaban contaminados, la expedición de los productos peligrosos». El Comisario del Gobierno dijo: «En situación de riesgo, una hipótesis no invalidada debería ser tenida provisionalmente por válida, incluso si no está formalmente demostrada». Vid. Aude ROUYÈRE, «L'exigence de principe de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État», *RFDA*, Vol. 16, (2) 2000, pp. 279-280.

⁴⁹ A decir verdad, el *arrêt* no cita expresamente el principio de precaución, aunque late en su solución y razonamiento y aunque sí fue invocado por el Comisario del Gobierno en estos términos: «Nos parece difícil afirmar que (el Gobierno) haya cometido un error manifiesto de apreciación teniendo en cuenta los datos actuales de la ciencia. Teniendo en cuenta igualmente el principio de precaución que quiere que en estos dominios el Gobierno tenga en cuenta las precauciones que se imponen en materia de protección de la salud pública...». El *arrêt* dice: «Considerando que resulta de las piezas del expediente que nuevos datos científicos tienen en cuenta una posible transmisión del agente de la EEB al cordero; que, por otra parte, como lo pone de manifiesto el comité de expertos..., si la transmisión placentaria del agente de la EEB no parece estar comprobado a día de hoy, no es posible, sin embargo, concluir con certeza sobre este punto; que decidiendo sobre ello a la vista de estos elementos, y respecto a las medidas de precaución que se imponen en materia de salud pública, acordar las prohibiciones que constituyen el objeto del Decreto atacado, que se aplican a los alimentos infantiles así como a los complementos alimentarios que pueden contener cantidades elevadas de los tejidos en causa, el Primer Ministro no ha cometido error manifiesto de apreciación».

que el principio sea algo más que una legitimación para que las autoridades puedan adoptar medidas contra riesgos sin certeza científica sobre su existencia y se convierta, incluso, en un mandato para adoptar esas medidas⁵⁰, mandato sobre el que incluso cabría construir un contencioso por falta de precaución⁵¹. Se llegue o no hasta ahí, sí hay unanimidad en que el principio de precaución introduce un nuevo factor en el control de legalidad de las medidas de policía administrativa. Como mínimo lleva a aumentar la importancia de los aspectos formales (seguir escrupulosamente el procedimiento hasta contar con los informes científicos imprescindibles para decidir y motivar suficientemente la decisión en función de los estudios científicos disponibles) y a reforzar el control del Consejo de Estado sobre esos aspectos formales o de «legalidad externa» que se presenta como exhaustivo y hasta «puntilloso». Con todo, el mismo Consejo de Estado reconoce que no son todavía claras las consecuencias del principio y, en su informe de 1999, declaró que «el juez administrativo ... deberá progresivamente precisar el contenido jurídico que conviene reconocer al principio de precaución, hasta ahora sujeto a dudas...»⁵².

7. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN RIGE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Nuestro objetivo será ahora analizar si el principio de precaución preside u orienta ya la protección de la salud y la seguridad de los con-

⁵⁰ «Lo que hay de nuevo en el *arrêt* de 25 de septiembre de 1998 es que la aparición del principio de precaución transforma la noción de precaución en una verdadera obligación de precaución en periodo de conocimientos científicos y técnicos inciertos», dice Chantal CANS, «Le principe...», *op. cit.*, p. 750. Pero no hay unanimidad doctrinal al valorar este *arrêt* en el que no queda claro si lo más determinante fue la existencia de un vicio de forma, bien es verdad que, en cualquier caso, un vicio de forma ligado al principio de precaución ya que consistía en no haber contactado con informes científicos necesarios.

⁵¹ Se habla así de dos tipos de contenciosos: el contencioso de falta de precaución y el contencioso de exceso de precaución. Sería el primero el que, según algunos autores, testimoniaría la vocación del principio para «desestabilizar los pilares del templo jurídico» porque supone un aumento de la posibilidad de control judicial que estremece los fundamentos mismos del Derecho Administrativo (David DEHARBE, «La controverse...», *op. cit.*, p. 837). Si bien reconoce finalmente, p. 840, que el juez francés no se ha echado al monte respecto a la ortodoxia jurídica. En el mismo trabajo, Manuel GROS, pp. 827 y ss., dice que este principio lleva a un control de oportunidad prohibido, a un control de proporcionalidad excesivo y a un vacío jurídico. *Vid.* también Aude ROUYÈRE, «L'exigence de principe de précaution saisie par le juge...», *op. cit.*, pp. 267-268 y 277 y ss.

⁵² Parece, pues, como lo explica DEHARBE, *op. cit.*, pp. 842-843, que se trata de un principio en curso de cristalización en el que el juez administrativo se ha reservado un amplio margen de maniobra de modo que podría, según los asuntos de que conozca, moldear el principio y definir con toda libertad la profundidad del control de precaución. Forjaría así su propio estándar de control que podría variar según las materias abordadas.

sumidores y usuarios en el Derecho español, con qué significado, contenido, valor y efectos.

1.— Las normas con rango de ley —estatales o autonómicas, según la distribución constitucional de competencias— pueden imponer limitaciones a la libertad de empresa ante la posibilidad no comprobada científicamente con certeza absoluta de daños para la salud y seguridad de los consumidores o, más ampliamente, para la salud pública. Por ejemplo, podrían prohibir o imponer ciertas limitaciones a la utilización de determinado aditivo o de un producto o de un procedimiento de elaboración o a la prestación de un servicio porque engendren un riesgo sobre el que no existe certeza científica⁵³. Al menos, sin entrar todavía en si el Derecho internacional o el Derecho comunitario restringen este poder del legislador, puede afirmarse que nuestro Derecho interno no opone a ello obstáculos generales. Sólo podrían encontrarse en la Constitución pero no los hay. Al contrario, los artículos 43 y 51 CE justifican sobradamente esas restricciones que, en la hipótesis contemplada, no serían arbitrarias porque, aunque sin certeza completa, hay una posibilidad avalada por estudios científicos, aunque no concluyentes, de riesgo para la salud de los consumidores. Si acaso, habría que considerar que las limitaciones a las libertades fuesen proporcionadas, pero no es eso lo que nos ocupa ahora. En cualquier caso, lo que es evidente es que no es necesario que la Constitución consagre de alguna forma el principio de precaución para que el legislador establezca las determinaciones que crea convenientes basándose, explícita o implícitamente, en él. En Alemania y Bélgica, al parecer, se ha invocado la consagración constitucio-

⁵³ Hay numerosos ejemplos de ello. La Ley Foral de Navarra 10/2002, de 6 de mayo, de Ordenación de la Estaciones Base de Telecomunicación por Ondas Electromagnéticas no guiadas, acoge expresamente en su planteamiento el principio de precaución, lo que justifica que «los niveles de referencia que recoge ... toman como punto de partida los establecidos en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, sobre los que se adopta un incremento de las exigencias reduciendo sus límites máximos a la mitad». En la misma línea, la Ley 8/2001, de 28 de junio, que regula la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha, dispone expresamente en su Anexo 3 que «en virtud del principio de precaución se ha considerado pertinente establecer, hasta que existan estudios científicos concluyentes sobre las consecuencias para la salud pública, un mayor margen de protección para emplazamientos en suelo urbano y para los grupos de población más vulnerables o sensibles a los campos electromagnéticos (niños, enfermos y mayores) y, en consecuencia, determinar como centros sensibles a aquellos centros o lugares donde se concentran o residen estos grupos de personas».

Una exposición crítica de este endurecimiento que algunas Comunidades Autónomas y municipios, sobre la base del principio de precaución, han realizado de los límites máximos de inmisión fijados por el Estado, en Gabriel DOMENECH PASCUAL, «Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación», *REDA* n° 117, enero-marzo 2003, pp. 33-ss. El autor destaca la falta de motivación y de estudios científicos serios que puedan justificar este endurecimiento. Además de esto, a nuestro juicio, también debería plantearse si el establecimiento de esos otros límites no significa un conculcación de los establecidos por el Estado con el carácter de legislación básica en materia de sanidad.

nal de la protección de la salud (y, en su caso, del medio ambiente) para sostener, como si tuviera también rango constitucional, el principio de precaución. Sin llegar tan lejos, lo que sí nos parece seguro es que los artículos 43 y 51 CE dan cobertura constitucional suficiente a cualquier ley que consagre o aplique el principio de precaución respecto a la protección de la salud y seguridad de los consumidores, aunque ello suponga límites a las libertades consagradas en la propia Constitución.

2.— Pero lo más importante es saber si las leyes pueden conferir, y si de hecho han conferido, a la Administración potestades para imponer limitaciones en los supuestos de incertidumbre científica sobre la existencia del riesgo.

La Administración no tiene en ningún caso ni con ningún fin potestades naturales para imponer limitaciones a la libertad. Ni siquiera cuando esté en juego la salud pública frente a peligros comprobados se le pueden reconocer tales potestades naturales para limitar la libertad de empresa o cualquier otra al margen de las que le atribuyan las leyes. Aceptar lo contrario sería volver a las concepciones de la policía incompatibles con el principio de legalidad administrativa. Puede y debe reconocerse en estos ámbitos una forma peculiar y relajada de aplicación del principio de legalidad administrativa, pero no su pura y simple negación⁵⁴. La Administración, por tanto, tendrá las potestades que le confieran las leyes (u otras normas a las que se atribuya a estos efectos igual función) y podrá ejercerlas cuando concurren los supuestos de hecho previstos en las mismas leyes. Lo importante a nuestros efectos es saber si entre esos supuestos de hecho establecidos en las leyes está la incertidumbre científica sobre riesgos para la salud pública o para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios. Va de suyo, en el planteamiento esbozado, que la Administración no puede por sí misma ampliar el supuesto de hecho de sus potestades y, por tanto, no puede por su sola voluntad consagrar el principio de precaución o aplicarlo en un caso concreto. Tampoco creemos que pueda sostenerse que la Administración encuentra la habilitación de sus potestades de policía o limitativas ante supuestos de incertidumbre científica por la vía de considerar que el principio de precaución se haya convertido en un principio general del Derecho. Aun aceptando a efectos meramente dialécticos que se trate de un principio general del Derecho⁵⁵, todas las

⁵⁴ Vid. Manuel REBOLLO PUIG, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», en la obra colectiva coordinada por Francisco SOSA WAGNER, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 1374 y ss.

⁵⁵ Sobre ello, son particularmente interesantes los trabajos de Nicolas de SADELEER: «Les avatars du principe de précaution en droit public (Effet de mode au revolutions silencieuse?)», *RFDA*, vol. 17, (3) 2001, p. 548 y ss.; y «Le statut juridique du principe de précaution», en la obra colectiva con François EWALD y Christian GOLLIER, *Le principe de précaution*, op. cit., p. 75 y ss.

potestades administrativas para imponer limitaciones o restricciones a los ciudadanos tienen que basarse en leyes (o normas equivalentes a estos efectos) y no en principios generales del Derecho⁵⁶. A lo sumo, éstos pueden ofrecer criterios interpretativos para deducir el significado y contenido de la atribución legal de potestades, pero no sustituirla.

3.— Para la protección de la salud pública y seguridad de los consumidores, las leyes conceden a la Administración potestades amplias y variadas (la reglamentaria, la de someter a autorización y otorgarla, denegarla o revocarla, la de dar órdenes, la de usar la coacción directa, etc.), que configuran y presiden la policía sanitaria y lo que podemos llamar el poder de policía sanitaria basado en cláusulas legales de apoderamiento muy amplias (contenidas en la Ley General de Sanidad y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y leyes autonómicas similares). Esas leyes establecen también, como no puede ser de otra forma, el supuesto de hecho en que las potestades administrativas pueden o incluso deben ser ejercidas. Lo hacen normalmente, como es propio de la policía sanitaria, mediante conceptos relativamente indeterminados y abarcando simultáneamente realidades bastante diversas entre sí (epidemias, intoxicaciones, producción de enfermedades contagiosas o no, etc.) a las que no se refieren concretamente. Son buen ejemplo de ello los que emplea la Ley General de Sanidad. Así, en su artículo 24 dispone: «Las actividades públicas o privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo...»; es decir, que estas amplias potestades de imponer limitaciones preventivas tienen como presupuesto de hecho necesario la existencia de «actividades que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud». El artículo 25.2 dice: «Deberán establecerse, asimismo, prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud»; o sea, que la Administración tiene potestad para imponer prohibiciones y requisitos mínimos en el supuesto de que los bienes «supongan un riesgo o daño para la salud», no en otro caso. Estas distintas fórmulas pueden resumirse aproximadamente en la noción de perturbación o peligro de perturbación de la salud pública. Para el terreno concreto que nos ocupa, los riesgos han de provenir de los bienes o servicios que se ofrecen a los consumidores y usuarios, pero eso no cambia nada sustancial, como ya se explicó.

Por otra parte, recientemente, la STPI, de 26 de noviembre de 2002, As. Artegoda/Comisión, ha reconocido que el principio de prevención es un «principio general de Derecho comunitario» (ap. 184). En la misma línea, la STPI de 28 de enero de 2003, As. Les Laboratoires Servier, asunto T-147/00.

⁵⁶ En la misma línea, VILLAR PALASÍ sostenía que los principios generales en el Derecho Administrativo «llevarán tan sólo a delimitar las potestades de la Administración, pero nunca a crear obligaciones en el administrado» (*Curso de Derecho Administrativo. Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*, tomo I, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense, 1972, p. 38).

Lo que a este respecto significa sobre todo y esencialmente el principio de precaución es una precisión sobre el supuesto de hecho en el que cabe ejercer las potestades de policía sanitaria, de manera que también será procedente su ejercicio ante riesgos sobre los que existe incertidumbre científica. De esta forma, si se rechazase radicalmente el principio de precaución, sólo se podrían tomar medidas de policía sanitaria (reglamento prohibiendo determinado componente, denegación de autorización, retirada del mercado de un producto, etc.) contra actividades o productos que supusieran, si no un daño efectivo para la salud, sí al menos un riesgo para ella, pero un riesgo realmente comprobado con certeza por haberse establecido sin lugar a dudas una relación de causalidad entre la actividad o producto y el daño para la salud, aunque sólo se materialice en un reducido porcentaje de casos o aunque el daño potencial no sea muy grave. Si, por contra, se acepta el principio de precaución, se puede identificar de otra forma el riesgo que legitima el ejercicio de las potestades. Ya no se trata de combatir exclusivamente daños o riesgos perfectamente identificados, al menos no en los supuestos de incertidumbre científica.

Naturalmente, estas leyes que confieren potestades de policía sanitaria (incluidas las específicamente dirigidas a proteger la salud o seguridad de los consumidores) a la Administración pueden prever expresamente el supuesto de la incertidumbre científica sobre la existencia del riesgo y consagrar precisamente el principio de precaución con mayor o menor amplitud y con unas u otras condiciones. Esto es, cabe que establezcan que la Administración puede ejercer las potestades atribuidas ante el supuesto de hecho de riesgos comprobados científicamente y también ante el de aquellos sobre los que no existe esa certeza total. Si antes dijimos que no había obstáculos de Derecho interno a la Ley que directamente aplica el principio de precaución ante un determinado tipo de riesgo, lo mismo hay que afirmar ante esta otra forma posible de plasmar legalmente el principio. Cosa distinta es que el Derecho internacional y el comunitario sí condicionen las limitaciones a la libertad que afecten al comercio internacional o intracomunitario, pero de ello hablaremos luego.

La ley lo puede hacer de diferentes maneras. Por ejemplo, al reconocer la potestad reglamentaria para regular los distintos productos, actividades y servicios que se ofrecen a los consumidores podría indicar que cabrá prohibir aquellos sobre los que hay indicios serios sobre riesgos, aunque no sean todavía concluyentes; o al atribuir la potestad de retirar del mercado los productos peligrosos para la salud podría incluir una referencia similar; o si somete una actividad o producto a autorización administrativa, podría condicionarla expresamente a que no haya

dudas sobre su inocuidad o fórmula similar⁵⁷. Cabe igualmente, y es más lógico, que establezcan con carácter general el principio de precaución. Ello supondrá que todas las potestades de policía sanitaria que confieren pueden ser ejercidas, no ya ante riesgos comprobados científicamente con certeza, sino también en los supuestos de incertidumbre científica si ésta reúne las condiciones que se hayan establecido. En el Derecho español hay algunas leyes que responden fielmente a este esquema⁵⁸. Afectan de lleno al ámbito aquí estudiado, la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que establece expresamente en su artículo 6.b) que el principio de precaución ha de presidir las actuaciones de este organismo; y la Ley catalana 20/2002, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria. En título dedicado a los principios de «la intervención de las Administraciones públicas y de los agentes económicos en la seguridad alimentaria» establece lo siguiente:

«Art. 6. Principio de precaución

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

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

⁵⁷ En el ámbito de la protección al medio ambiente, podemos encontrar una muestra de estos reconocimientos concretos en el Anejo 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación, donde, entre los criterios que la Administración debe tener en cuenta a la hora de determinar cuáles sean las «mejores técnicas disponibles», se cita expresamente el principio de precaución. Sin embargo, no se entendería bien el alcance de esta previsión, si no advirtiéramos que estas «mejoras técnicas disponibles» deben ser tomadas en consideración por la Administración para otorgar una autorización o aprobar un reglamento estableciendo los niveles de emisión.

Sobre esta noción de «mejores técnicas disponibles» y los problemas jurídicos que presenta su inserción en las licencias administrativas, *vid.* José ESTEVE PARDO, «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP*, n.º 149, mayo-agosto 1999, pp. 37-61.

⁵⁸ Por ejemplo, la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente, establece en su art. 5 que la política ambiental estará basada, entre otros, en el «principio de cautela».

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

4.— Pero ¿está eso mismo consagrado con carácter general por la legislación española para la protección de la salud o, más concretamente, la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios? ¿Basta una referencia al riesgo para incluir aquél sobre el que existen indicios razonables aunque no absoluta certeza científica? Desde luego, salvando lo previsto en la Ley de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, ni en la Ley General de Sanidad ni en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios hay una proclamación expresa como la transcrita de la Ley catalana. Pero ello, según creemos, no cambia mucho las cosas. Debe mantenerse que, pese a todo, las potestades reconocidas en esas leyes a la Administración para proteger la salud o, más concretamente, la salud y seguridad de los consumidores, pueden ejercerse en el supuesto de la incertidumbre científica de un riesgo sanitario. Ello es así porque el principio de precaución, aun sin esa expresa y solemne proclamación, está reconocido en esas leyes y late en toda su regulación. Veámoslo. Pero antes conviene poner de relieve un factor que influye en la interpretación de las dos leyes: la influencia directa que a este respecto tiene el Derecho comunitario.

No nos referimos a la consagración del principio en el Tratado de la Comunidad, aunque esto ya obliga a los Tribunales y Administraciones nacionales a interpretar el Derecho interno conforme a las normas comunitarias y los principios que lo inspiran. Es que, además, en tanto que el principio de precaución rige indudablemente las actuaciones de la Comunidad y late más o menos claramente en normas comunitarias concretas, no puede dejar de ejercer una influencia directa o indirecta en los ordenamientos nacionales. Así, una norma comunitaria, Reglamento o Directiva, puede establecer prohibiciones en aplicación del principio de precaución y ello, inmediata o mediatamente, regirá en España. Todavía hay factores más generales e importantes. Recordemos a este respecto que el principio de precaución no sólo es invocado por diversos textos comunitarios sobre defensa del consumidor, sino que la ya citada Directiva sobre seguridad de los productos obliga a las autoridades nacionales competentes a tener «debidamente en cuenta el principio de cautela». No es esto baladí, pues significa que todas las potestades de las Administraciones españolas encaminadas a garantizar la seguridad de los productos deben ejercerse tomando en consideración el principio de precaución y, por tanto, combatiendo también, en su caso, los riesgos no comprobados científicamente con total certeza. Y aún más importante es el artículo 7 del Reglamento comunitario por el que se establecen los principios y requisitos generales sobre la legisla-

ción alimentaria que, como ya se explicó, se refiere por igual a la legislación comunitaria y a la nacional, a las actuaciones de las instituciones comunitarias y a las de las autoridades nacionales, y todo ello, además, en un Reglamento que, como tal, tiene efecto inmediato y directo, prevalece sobre las normas estatales y puede ser invocado ante los Tribunales sin necesidad de ninguna otra norma intermedia. Todavía cabría objetar que estas normas y algunas otras comunitarias –sobre medicamentos, productos tóxicos– sólo cubren una parte de lo que repercute sobre la salud y seguridad de los consumidores, no sobre la totalidad. Pero, además de que sería verdaderamente absurdo que el principio de precaución pudiera ser invocado ante riesgos inciertos originados por alimentos pero no, por ejemplo, ante los que pudiera causar un juguete, un bronceador o un microondas, no hay razón para ello porque, en realidad, como ahora vamos a ver, las leyes de sanidad y de consumo permiten ejercer las potestades en supuestos de incertidumbre científica sobre el riesgo.

Cuando las leyes sanitarias hablan de riesgos, ahora y siempre, han estado incluyendo aquellos que los conocimientos científicos disponibles en cada momento hacían razonablemente temer y hay multitud de ejemplos de medidas clásicas de policía sanitaria que se adoptaban frente a realidades a las que se atribuía la posibilidad de que fueran causa de algún daño para la salud, aunque no estuviese absolutamente comprobada la relación de causalidad y aunque se tuviera conciencia de ello. Era así, es así y tiene que ser así.

Usemos el supuesto más extremo y claro: si el daño presumido es grave o hasta mortífero y si el sacrificio de cortar por lo sano, o sea, de prohibir la supuesta causa, es pequeño, nadie en su sano juicio osará sostener que la medida es ilegal porque no está perfectamente comprobada la relación de causalidad, nadie sensato mantendrá que hay que esperar a que quede acreditada por completo la nocividad de la aparente causa, a que se demuestre con la trágica realidad de los daños, para prohibirla. Nadie, salvo quizá el que vaya a sufrir la limitación, o sea, el que genera el riesgo.

El Derecho siempre ha sido respetuoso con estas elementales ideas. Frente al general *in dubio* pro libertad, siempre ha regido en estas materias el *in dubio* pro salud. Había, pues, una regla tradicional sobre la incertidumbre en la misma dirección del moderno principio de precaución que aquí, por tanto, no tiene un carácter revolucionario. Más bien, consolida, sistematiza, ordena y hasta eventualmente modera lo que ya se venía admitiendo. No puede pasar inadvertida la lección que se extrae al menos del Derecho comunitario y del Derecho francés. En estos dos, como nos hemos encargado de destacar, sólo está proclamado el principio de precaución respecto a la protección del medio ambiente pero en ambos se ha admitido sin resistencia, casi como evidente e inevitable, que había de regir en lo concerniente a la salud pública. No puede ser de otra forma. Y si así ha

sido en la Comunidad Europea y en Francia, así debe ser también en España, no por seguimiento o imitación sino por identidad de razones.

Porque, además, esto es conforme al mismo significado de riesgo: hay riesgo jugando a la ruleta rusa incluso cuando luego se compruebe que la pistola no tenía ninguna bala; no por eso se dirá que no había riesgo. Existe un riesgo para la salud allí donde, según datos científicos serios y no desmentidos, hay un producto o actividad que probablemente genera daños para la salud, aunque no se haya demostrado definitivamente. Si una caja contiene cien bolas y sabemos que la mitad son blancas y la mitad negras, peligrosas éstas para la salud, hay indudablemente un riesgo de que, al extraer una, sea negra. Si en otra caja hay cien bolas y ni siquiera sabemos si hay alguna negra, pero sospechamos que la hay, también corremos indudablemente un riesgo al sacar una bola. Es más difícil cuantificar y valorar este riesgo, pero lo hay y nadie podrá decir al comprobar que todas eran blancas que no se corrió un riesgo. Por eso nadie sensato jugará salvo que se vea obligado a ello o salvo que le compense la ventaja que obtendría con una bola blanca. Pero esto remite ya a la proporcionalidad.

Lo que nos importaba afirmar es que hay riesgo, verdadero riesgo para la salud, en los supuestos de incertidumbre científica sobre la nocividad de un producto o servicio y que, por tanto, se da el supuesto de hecho previsto por las leyes para el ejercicio de las potestades de policía sanitaria que se confieren a la Administración.

En algún precepto, la Ley General de Sanidad refuerza expresivamente lo que se viene diciendo. Muy revelador es su artículo 26.1: «En caso de que exista o *se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud...*». Basta, pues, la sospecha razonable de riesgo, que se equipara al riesgo real, para adoptar las medidas más graves. Cuando el apartado 2 de ese artículo se vuelve a referir a lo mismo, ahora para indicar la duración de las medidas, habla ya sólo de «la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó». Es decir, la sospecha razonable de la existencia de un riesgo es, sin más, una situación de riesgo para la salud. Y entre los casos de sospecha razonable de riesgo, junto con otros muy distintos, hay que incluir los de riesgos sobre los que concurre la incertidumbre científica propia del principio de precaución.

Exactamente lo mismo hay que afirmar respecto a las potestades que atribuye la legislación de consumo para proteger la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios. Pero ésta parte de un enfoque distinto que completa al anterior y que sirve para comprender que el principio de precaución puede tener como destinatarios, no sólo a las autoridades públicas, sino a los mismos sujetos que generan riesgos al ofrecer bienes y servicios en el mercado. El punto de partida es éste: es

ilícito dañar, perjudicar o poner en riesgo la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. Lo es especialmente, por lo que aquí interesa, hacerlo al poner en el mercado cualquier producto o servicio. Esto lo consagra expresa y claramente el artículo 3.1 de la LGDCU:

«Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad...».

Esta afirmación entraña una prohibición general: está prohibido a todos poner en el mercado productos, actividades o servicios que impliquen riesgos para la salud y seguridad de las personas. Es un deber negativo general que implica un límite a los derechos de los ciudadanos, en concreto a la libertad de empresa. La libertad de empresa está ya limitada con igual carácter general: como no podía ser de otra forma, la Ley ya ha establecido que esa libertad no incluye la posibilidad de fabricar, distribuir, ofrecer o vender bienes que impliquen riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores. Esta prohibición incumbe a todos y en todo momento⁵⁹.

La prohibición o deber general de que hablamos está igualmente consagrada en el Derecho comunitario donde, además, se establecen sus distintos contenidos según el sujeto y el momento. A este respecto es suficientemente reveladora la Directiva 2001/95/CE de 3 de diciembre de 2001 que, por lo pronto, en términos similares a los que venimos utilizando, habla de la «obligación general de seguridad». Recae, primeramente, sobre los productores que «tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros» (art. 3.1) que son, con las salvedades que veremos luego, los que «no presentan riesgo alguno». Pero afecta también a todo tipo de distribuidores que «actuarán con diligencia para contribuir al cumplimiento de los requisitos de seguridad aplicables absteniéndose, en particular, de suministrar productos cuando sepan o debieran suponer, por la información que poseen y como profesionales, que

⁵⁹ Antes de poner un bien en el mercado, está prohibido elaborar cualquier producto destinado a los consumidores que entrañe riesgo para su salud o seguridad; ya se deba ese riesgo a los componentes o forma del producto, a los procedimientos seguidos para su elaboración, a la forma de conservación, etc. Después de ponerlo en el mercado, si se descubre que el producto o servicio son peligrosos, hay que retirarlos o suspenderlos; si ya está en manos de los consumidores, hay que evitar que llegue a causar daños y, en su caso, hay que recuperar el bien. Lo refleja el art. 5.2.g) de la LGDCU cuando consagra «la obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas». El deber general, por tanto, adquiere distintos contenidos según la posición del sujeto y el momento, pero es siempre el mismo deber de no generar riesgos para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.

no cumplen dichos requisitos» (art. 5.2). O sea, deber de distribuir únicamente productos seguros⁶⁰.

En este contexto, el principio de precaución significa que también está prohibido poner en el mercado productos, actividades y servicios que, según los estudios científicos disponibles, implican riesgos para la salud y seguridad de los consumidores, aunque no haya una certeza absoluta sobre ello, es decir, aunque no se haya establecido de manera concluyente y sin ningún género de dudas una relación de causalidad entre el bien y un daño para la salud o seguridad. También en estos casos, según se viene explicando aquí, hay riesgo y el deber general despliega sus efectos. Dicho con la perspectiva de la Directiva, si sólo se permite producir o comercializar productos seguros y por producto seguro se entiende aquél que no presenta riesgos, el principio de precaución sólo perfila este último concepto de producto seguro: no lo es el que, según estudios científicos serios, aunque no concluyentes, presenta riesgos. Por tanto, también la producción y distribución de éstos infringe la «obligación general de seguridad».

Esto tiene una repercusión directa en la configuración de las potestades administrativas atribuidas legalmente para proteger la salud y seguridad de los consumidores, tanto en el supuesto de hecho para su ejercicio como en su sentido, que es el de concretar y hacer efectivo el deber general. El supuesto de hecho de todas esas potestades es la existencia de un riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios. Ese riesgo existe desde que hay estudios científicos serios que, aun de modo no concluyente, establecen una relación de causalidad entre un producto y un daño. El ejercicio de esas potestades tiende a concretar y a hacer valer el deber general de seguridad pero ese deber también está en juego cuando hay un riesgo virtual, aunque no comprobado con total certeza científica.

Algunas Leyes autonómicas de defensa de los consumidores así lo reflejan fielmente. Es el caso de la Ley balear 1/1998, de 10 de marzo, de Estatuto de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 43 permite adoptar las medidas cautelares que se estimen oportunas «cuando existan claros indicios de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios».

⁶⁰ Como concreción lógica y elemental del deber de no poner en el mercado o distribuir productos inseguros, la Directiva consagra también el deber de los productores, para el caso de que después de ponerlos en el mercado descubrieran que los productos son inseguros, de «actuar en consecuencia, si fuera necesario, retirando del mercado el producto para evitar (los) riesgos, avisando de manera adecuada y eficaz a los consumidores, o recuperando los productos de los consumidores» [art. 5, párrafo tercero, letra b)].

Con estos presupuestos no puede extrañar que la Administración haya aplicado normalmente el principio de precaución y que lo haya invocado expresamente como justificación de reglamentos y decisiones⁶¹.

8. SOBRE LOS REQUISITOS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES, LOS PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN Y LA CLAVE PARA SU RESOLUCIÓN⁶²

Con lo concluido hasta aquí sólo tenemos un punto de partida que plantea nuevas cuestiones. Para no extendernos más de lo debido, sólo las apuntaremos y orientaremos sobre las líneas generales para su solución que, según creemos, se deducen de los textos y de la jurisprudencia de los que se ha dado noticia en las páginas anteriores. Dando por reproducido todo aquello, se pretende ahora dar una explicación sistemática y, en cierto modo, de encontrar la clave de todas las dificultades que suscita el principio de precaución y la de todas las respuestas. Se trata, en definitiva, de establecer los límites dentro de los cuales puede moverse su invocación y aplicación lícita, de los requisitos que deben observarse y cuya falta, eventualmente, puede determinar la ilicitud de la medida de precaución adoptada.

Naturalmente, la situación es distinta según la medida de precaución sea tomada directamente por el legislador o lo sea por la Administración en virtud de las habilitaciones legales. Aquí nos ocuparemos sobre todo de esto último y ello en relación con las que se tomen para la

⁶¹ Basten dos ejemplos. El RD 1446/2000, de 31 de julio, sobre preparados para lactantes, afirma en su preámbulo, tras recordar expresamente el principio de precaución, que «teniendo en cuenta que según los dictámenes del Comité Científico de la Alimentación Humana es dudoso que los actuales valores de la dosis diaria admisible (DDA) sean adecuados para la protección de los lactantes y niños de corta edad y que las dudas expresadas se refieren ... a los plaguicidas», por lo que procede establecer un límite muy bajo para todos los plaguicidas que equivale en la práctica al nivel detectable mínimo. El RD 1066/2001, de 28 de septiembre, sobre restricciones a las emisiones radioeléctricas, establece en su art. 7 que el «Ministerio de Sanidad y Consumo adaptará al progreso científico el Anexo II (que es el que establece los límites de exposición), teniendo en cuenta el principio de precaución...». Naturalmente, si simples reglamentos, que no pueden ampliar las limitaciones de los ciudadanos ni las potestades limitativas de la Administración ni los supuestos de hecho en que ejercerlas, actúan así es porque dan por descontado que el principio de precaución late ya en las leyes para la protección de la salud.

⁶² Llegados a este punto, los autores del trabajo no han logrado superar del todo sus discrepancias. Se ha optado por conceder voto de calidad al de mayor edad, que no mayor saber y gobierno (punto en el que también había discrepancias). Por tanto, en lo que sigue, sobre todo en la idea de la hipótesis sobre la existencia y extensión de un determinado riesgo incierto, el Prof. IZQUIERDO tiene reservas. El Prof. REBOLLO tampoco está completamente seguro. Pero también aquí, pese a la incertidumbre, había que tomar una decisión.

protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea en virtud de la legislación de sanidad o de la de consumo.

Los límites a la invocación del principio de precaución, por otra parte, tienen distinto origen: unos provienen del mismo Derecho español, otros del Derecho comunitario y otros del Derecho internacional, en especial, por lo que aquí interesa, de la OMC. En buena medida coinciden, de modo que, por ejemplo, la exigencia de proporcionalidad deriva de los tres Derechos que, más aún, le dan un contenido similar. Pero cada uno de ellos, más aún de que también puede darle un contenido parcialmente distinto, lo hace con un valor diferente, con un radio de acción distinto y, sobre todo, estableciendo diferentes consecuencias de su vulneración y distintos medios de control. En particular, debe notarse que para el Derecho comunitario y para la OMC es indiferente que la medida de precaución la haya adoptado la Administración o el legislador, mientras que ese dato cambia radicalmente la situación para el Derecho interno. Así, por ejemplo, el control constitucional de la adecuación al fin y de la proporcionalidad de las leyes es, en el Derecho interno, muy inferior al control contencioso-administrativo de esos mismos límites respecto a la actuación administrativa; pero para el Derecho comunitario y para la OMC la exigencia de adecuación al fin y de proporcionalidad se produce por igual ante leyes y ante medidas administrativas de los Estados.

Otra aclaración, que ya se ha apuntado en las páginas anteriores, debe ahora destacarse. De acuerdo con lo que se ha venido explicando, entendemos que el principio de precaución es algo así como una regla incompleta cuyo significado fundamental, aunque no único, es el de precisar el contenido de otras normas en el sentido de delimitar sus supuestos de aplicación incluyendo los casos de riesgos ante incertidumbre científica. En especial, por lo que aquí nos ocupa, las normas que se ven afectadas son aquéllas que atribuyen potestades de policía sanitarias ante riesgos para la salud sin mayores especificaciones, las que consagran el deber general de seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado y las que, ya exclusivamente en el Derecho comunitario o en el Derecho internacional, admiten que los Estados miembros o las Partes de la OMC establezcan excepciones a la libre circulación de mercancías o al libre comercio internacional por razones de salud pública. Entendido así, se comprende de inmediato que el principio de precaución, aisladamente considerado, resuelve muy pocas cosas: no resuelve si se puede o si además se debe actuar, ni, en su caso, determina la medida procedente. Pero eso es así porque está llamado a integrarse con otras normas y principios: sobre todo, con cada una de las normas que atribuyen las potestades de policía y con los principios que rigen el ejercicio de las potestades administrativas, particularmente las potestades de policía (igualdad, adecuación al fin, congruencia, pro-

porcionalidad...); y con las normas comunitarias e internacionales que admiten excepciones a la libertad de circulación de mercancías y de libertad de comercio (incluidas las exigencias de no discriminación, de que no haya un proteccionismo encubierto, de proporcionalidad..., exigencias que, desde otra perspectiva y con una finalidad diferente, están en la misma dirección de los principios que, según el Derecho administrativo, limitan el ejercicio de las potestades administrativas). El principio de precaución no se desarrolla sobre terreno virgen y es de su conjugación armoniosa con otras normas y principios de lo que hay que deducir las repuestas que algunos se han afanado infructuosamente en deducir sólo del principio de precaución.

Dicho esto, se comprende que el único problema jurídico del principio de precaución que puede resolverse directamente con los criterios que él mismo suministra es el de la determinación de los casos en que los poderes públicos pueden invocarlos, esto es, el de los casos en que pueden partir de una incertidumbre científica sobre un efecto dañino o lesivo para los bienes públicos protegidos; en lo que aquí nos ocupa, para la salud y seguridad de los consumidores. Sobre ello, ya hemos ofrecido todo lo necesario para su resolución.

Baste recordar que han de existir estudios científicos que apunten la posibilidad de un daño o perjuicio para la salud o la seguridad, no de miedos sin ningún fundamento, no de prejuicios, rumores o de peligros mitológicos, legendarios o de fábula. Por muy importante que sea la opinión pública —y lo es para otros aspectos del análisis de riesgos, más aún en situaciones de incertidumbre científica— no es de por sí suficiente para acudir al principio de precaución y para, en consecuencia, justificar medidas limitativas que luchen contra molinos de viento, contra riesgos inexistentes. No sirve el «si el río suena, agua lleva», ni el «donde hay humo hay fuego», salvo que el sonido y el humo provenga de la comunidad científica. En realidad, casi todo queda expresado al calificar la incertidumbre de la que hay que partir de «científica» porque se desarrolla entre los científicos y está detectada con bases y métodos científicos. Aun así, muchas veces será difícil distinguir una verdadera incertidumbre científica de las situaciones en las que, existiendo una común opinión científica sobre la existencia y amplitud de un riesgo, haya sólo discrepancias de los charlatanes y agoreros e informes interesados de una u otra tendencia, todo ello presentado con una superficial apariencia científica. En general, tampoco se puede asimilar a la incertidumbre científica de riesgo exigida para la invocación del principio de precaución la simple falta de pruebas sobre la inocuidad de un producto. A lo sumo, ello puede jugar si, al mismo tiempo, se parte de alguna base científica para albergar sospechas de su nocividad (es lo que, en parte, se acepta respecto a los aditivos alimentarios y, en cierto modo, también para organismos modificados genéticamente).

Los demás problemas jurídicos que suscita el principio de precaución no se pueden resolver con la sola aplicación del propio principio: son los que se refieren a la concreta decisión que hayan de tomar los poderes públicos en los casos en que se reconoce la existencia de una incertidumbre científica sobre el riesgo. Todos estos problemas tienen el mismo origen: las normas y principios que rigen la adopción de decisiones para proteger la salud y la seguridad, así como las que admiten que estas decisiones exceptúen la libre circulación de mercancías y de comercio internacional, hacen depender la legalidad y contenido de tales decisiones de la intensidad del riesgo que combaten; sobre todo, para aceptar medidas restrictivas de la libertad exigen que el riesgo supere cierta intensidad y que las medidas sean proporcionales. Pero ¿cómo manejar estos requisitos cuando ni siquiera hay certeza sobre el potencial daño, cuando se parte precisamente de que no hay evaluación completa del riesgo?

La respuesta correcta es ésta: hay que aceptar como hipótesis un determinado riesgo, un riesgo que, pese a todo, se va a considerar que tiene tal concreta intensidad y gravedad. O sea, se va a actuar como si se contara con un riesgo evaluado y, por así decir, «medido». No se trata de engañar a nadie ni de engañarse a sí mismo, de creer o hacer creer que se ha encontrado la verdad ni, más modestamente, que hay realmente una evaluación completa del daño. Se trata, en el estricto sentido de la expresión, de una hipótesis sobre la que deducir cuál sea la decisión procedente. Esa hipótesis la han de deducir las autoridades responsables (en la terminología al uso, los responsables de la gestión de riesgos) y sobre esa base actuar. Será en unos casos el legislador y en otros, más frecuentemente, la Administración competente para proteger la salud pública o la salud y seguridad de los consumidores al ejercer las potestades que con tal fin le concedan las leyes.

Para fijar esta hipótesis no hay reglas absolutas. Desde luego, se ha de construir atendiendo a los datos científicos disponibles y la hipótesis asumida ha de poder deducirse razonablemente de ellos. La hipótesis ha de ser, por tanto, verosímil, o sea, creíble. Pero respetado eso, el principio de precaución no impone más. Salvo que una norma establezca otra cosa, se respeta lo que podemos llamar la libre valoración de la prueba, o sea, la libre valoración de los datos científicos disponibles. Para no mal interpretar esta especie de metáfora, recuérdese que la libre valoración de la prueba, que sólo significa que no hay normas jurídicas que impongan un valor tasado, no ampara la arbitrariedad ni el capricho, que ha de moverse dentro de criterios racionales y la «sana crítica» y ha de conjugarse con la apreciación conjunta de todas las pruebas. Con esta libre valoración de los datos científicos, que respeta el principio de precaución, queda claro que no hay nada en él que obligue a es-

coger siempre la más pesimista de las teorías, que hay que ponerse en lo peor, que la operación debe estar presidida por el piensa mal y acertarás e inclinarse por el informe que vislumbra mayores riesgos⁶³. Tampoco hay reglas que hagan preferir siempre la tesis mayoritaria (a veces, puede bastar una sola opinión divergente bien fundada), ni la que provenga de tales o cuales organismos de investigación o de determinados científicos o la que haya seguido este o aquel método de análisis... Todo esto puede y seguramente debe ser tenido en cuenta como simples criterios racionales que caben en la libre valoración de la prueba.

Fijado así el riesgo hipotético por las autoridades, deben decidir como si fuera real, como si se partiera de una intensidad y gravedad realmente conocida. Y sobre esa base actuar de manera similar a la que se sigue para riesgos ciertos y evaluados, es decir, aplicar las demás normas y principios: sobre todo, los principios de legalidad, igualdad, prohibición de desviación de poder, adecuación y congruencia, proporcionalidad, etc. Como decimos, son reglas y principios que rigen la adopción de todo tipo de medidas de policía, especialmente las de policía sanitaria. Contamos incluso con una expresa consagración del principio de proporcionalidad en el artículo 28 de la Ley General de Sanidad. Lo único que sucede es que la aplicación de todo ello, nunca fácil, se hace más compleja en casos de incertidumbre científica, de evaluación insuficiente del riesgo. Es esto lo que ha preocupado predominantemente a la doctrina, que se ha encontrado en un atolladero ante preguntas como ésta: la medida que limite la elaboración y comercialización de un producto, ¿cómo puede ser proporcional al riesgo si ni siquiera sabemos si origina un daño, otro mayor o menor o ninguno, ni con qué probabilidad? Si la proporcionalidad fija la medida correcta en función de un riesgo, ¿cómo aplicar la proporcionalidad sobre un riesgo incierto en su existencia, extensión, intensidad y gravedad? Y estas preguntas sobre la proporcionalidad se reproducen para la congruencia o adecuación, para la elección de la medida menos restrictiva de las adecuadas. Incluso muchas veces será difícil saber si la medida adoptada en caso de incertidumbre científica es discriminatoria o si incurre en desviación de poder.

⁶³ Lo que se dice en el texto coincide con lo que parece que va imponiendo la práctica y la jurisprudencia (recuérdese la STJCE de 5 de octubre de 1999, citada en nota 33). Pero tal vez con ello se desvirtúa la operatividad del principio, su idiosincracia y hasta la razón de su nombre. Quizá cabría apuntar, al menos, una cierta tendencia a tener especialmente en cuenta los informes científicos más pesimistas. Sobre ello, *vid.* Aude ROUYÈRE, «L'exigence de principe de précaution saisie par le juge...», *op. cit.*, p. 272. Muy prudente es la Comunicación de la Comisión que sólo dice que «un planteamiento prudente y cauteloso de la protección del medio ambiente, la seguridad o la seguridad podría consistir en optar por la hipótesis más pesimista»: ello está, pues, permitido, pero no es obligado. Sebastián ROMERO MELCHOR, «Principio de precaución: ¿principio de confusión?» *Gaceta jurídica de la Unión Europea*, n.º 207, mayo/junio 2000, habla a este respecto de una tesis «radical» o «integrata» del principio de precaución que «propugna privilegiar sistemáticamente la hipótesis peor» (p. 91).

La respuesta está, como ya hemos dicho, en aplicar todas estas reglas y principios partiendo de la hipótesis, construida en la forma expuesta, de un riesgo de determinada intensidad y gravedad. A partir de ahí se actuará como si hubiera una evaluación completa del riesgo. Y se impondrán o no limitaciones, más o menos severas, con uno u otro contenido, conforme a las reglas generales (legalidad, igualdad, congruencia, proporcionalidad...).

Ello sólo con algunas salvedades. La primera es que se actuará así de manera provisional en tanto no haya una evaluación completa o, aun sin llegar a ella, mientras no se cuente con nuevos datos científicos que hagan inverosímil la hipótesis aceptada o presenten como más verosímil otra. Hay siempre en los textos y sentencias sobre el principio de precaución un mandato de continuar las investigaciones científicas. Por tanto, hay un mandato de buscar más pruebas para confirmar o desmentir la hipótesis de partida. A lo sumo, cabe completar todo esto con lo que, aproximativamente, puede asimilarse a una inversión de la carga de la prueba, según lo explica la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, de manera que será el interesado en que se levante la prohibición del producto o servicio supuestamente peligroso quien deba aportar las pruebas en contra. No hay propiamente tal inversión, sino una muy lógica distribución de la carga de la prueba que, partiendo de los estudios científicos disponibles que permiten colegir la verosímil hipótesis del riesgo (estudios que son ya una prueba seria, aunque no concluyente), hace recaer sobre quien base su derecho en el error de esos estudios la prueba de ello.

Conectada con esta necesidad de investigaciones posteriores, hay también una alusión a que las decisiones adoptadas en virtud del principio son provisionales. Pero no debe entenderse esto en un sentido formal. Las medidas de precaución no han de consistir en moratorias, en normas con plazo de vigencia definido y fecha de caducidad o en medidas provisionales en el sentido de que sus efectos penden formalmente de la resolución final de un procedimiento. Pueden consistir en medidas formalmente definitivas, en una ley o en un reglamento o acto administrativo (p. ej., denegación de una autorización o revocación de la otorgada) de vigencia indefinida. Sólo ocurre, y en eso consiste su provisionalidad, que su vigencia y su misma validez dependen del mantenimiento de la situación de incertidumbre que las alumbró y las justifica, que deben ser modificadas, so pena de devenir ilícitas, con ilicitud sobrevenida⁶⁴, si los datos científicos posteriores (incluso los reali-

⁶⁴ En general, sobre esta figura de la ilicitud sobrevenida, *vid.* las interesantes reflexiones de Tomás CANO CAMPOS, «La invalidez sobrevenida de los actos administrativos», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel.com, n°1, 2003.

zados por los interesados y aportados por ellos) demuestran falsa o hacen poco verosímil la hipótesis sobre la que están construidas.

La segunda salvedad —que, anticipemos, no rige en el ámbito de la salud y seguridad— es que a veces se ha consagrado el principio de precaución con esta limitación: ha de tratarse de daños graves e irreversibles. Como se vio, esto aparece en la protección del medio ambiente, de manera que la hipótesis aceptada sólo llevará a la adopción de medidas si prevé daños ambientales graves e irreversibles, no en otro caso. Cuando se trata de la salud y seguridad de los consumidores no existe este límite. Pero ello no quiere decir que el principio de precaución permita combatir cualquier riesgo, por nimio que sea. Sólo significa que el principio de precaución no establece nuevos límites al respecto. Rigen los generales de forma que sólo se podrán tomar medidas contra riesgos que superen cierto umbral. Pero ello exactamente igual que en los casos de riesgos perfecta y plenamente evaluados. Expliquémoslo porque en ello insisten los textos y la jurisprudencia sobre el principio, sobre todo los comunitarios.

No están prohibidos todos los riesgos para la salud y seguridad de los consumidores. Antes explicamos el sistema sobre la base de un deber general de no producir ni comercializar bienes o prestar servicios que originen riesgos para la salud o la seguridad de los consumidores, de modo que las potestades que otorgan las leyes a la Administración tienen como función concretar y hacer valer ese deber general. Pero, en realidad, no están prohibidos todos los riesgos; hay riesgos admitidos que no se consideran incompatibles con el nivel elegido de protección de la salud y seguridad, riesgos, por tanto, que no combaten las leyes ni la Administración. En realidad, es imposible eliminar todo riesgo para la salud y seguridad y todo producto o servicio que lo genere en mayor o menor medida. Y sería igualmente absurdo imponer tales condiciones de elaboración, distribución o prestación que eliminaran todo riesgo. El riesgo cero no existe, según suele decirse. Pero incluso sin llegar al riesgo cero, que se considera imposible, tampoco se pretende llegar en todo caso al menor riesgo posible, porque ello muchas veces entraña inconvenientes que no se quieren asumir. En realidad, la LGDCU, en el mismo artículo 3.1 que antes nos sirvió para enunciar el deber, contiene una salvedad que lo expresa: «los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios no implicarán riesgos para su salud o seguridad *salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales o previsibles de utilización*». El Derecho comunitario orienta sobre la posibilidad de aceptar riesgos. Recordemos que la Directiva sobre seguridad general de los productos proclama la «obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros». Pero por producto seguro entiende el que «no presente riesgo

alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad de las personas...». Y todavía aclara: «La posibilidad de obtener niveles superiores de seguridad o de obtener otros productos que presenten menor grado de riesgo no será razón suficiente para considerar que un producto es peligroso» [art. 2.b)]. Así que «producto seguro» no es el producto absolutamente seguro, no es el producto sin ningún riesgo. El producto seguro presenta riesgos, aunque «mínimos» —expresión ésta errónea y desafortunada— y «considerados admisibles». Ni siquiera es el más seguro de los posibles. Luego, la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros no significa prohibición de poner en el mercado cualquier producto que entrañe cualquier riesgo. Para la repetida Directiva, lo contrario del producto seguro es el «producto peligroso», que define como aquél que no reúne los requisitos del seguro; o sea, no todo el que presenta riesgos sino el que los presenta superiores a un cierto nivel. Incluso así, los términos son algo equívocos porque es lícito ofrecer en el mercado a los consumidores y usuarios productos a los que expresamente se les califica como peligrosos. Baste para ponerlo de manifiesto recordar la existencia de un Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de «preparados *peligrosos*» (RD 255/2003, de 28 de febrero). Quizá, por ello, sea preferible decir que lo contrario al producto seguro es, sencillamente, el producto inseguro y añadir de inmediato que la línea divisoria entre uno y otro no está en que el primero no presente ningún riesgo y el segundo sí, sino que el primero presenta sólo riesgos hasta un cierto nivel o riesgos aceptados y el segundo supera ese nivel de riesgos, es decir, presenta riesgos no aceptados⁶⁵.

Fijar ese umbral de los riesgos admitidos es una decisión política⁶⁶. La Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución dice que «juzgar cuál es el nivel de riesgo ‘aceptable’ para la sociedad es una responsabilidad eminentemente política». En gran medida, ello corresponde a la propia Comunidad Europea que, además, está condicionada por el mismo Tratado de Roma que proclama en su artículo 152.1 (versión consolidada) que «al definir-

⁶⁵ Sobre las nociones de riesgo aceptado, riesgo inadmisibles y riesgos desconocidos, *vid.* M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la Inspección de Consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Madrid, INC, 1998, pp. 18, 19, 45 y 46; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad...*, *op. cit.*, pp. 53 ss.; y J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *op. cit.*, aunque con otra terminología.

⁶⁶ Sobre el papel que deben desempeñar las instancias políticas representativas en este ámbito, frente a una cierta tendencia de dominio por parte de los técnicos sobre estas cuestiones, *vid.* J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *op. cit.*, en especial, pp. 45 ss.

se y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana» y que, en su artículo 153.1, establece que ha de garantizar «un alto nivel de protección» de los intereses de los consumidores. El Órgano de Apelación de la OMC, en su ya comentada resolución del asunto de las hormonas y en otros, reconoce igualmente que «los Miembros tienen derecho a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes». España conserva también un margen para establecer su propio nivel de protección, lo que equivale a un margen para establecer el umbral de riesgos aceptados, pero profundamente condicionado por la Comunidad Europea, sobre todo respecto a los aspectos que hayan sido objeto de armonización comunitaria.

La idea de riesgos aceptados sirve con claridad para comprender que el principio de precaución no siempre tiene que conducir a adoptar medidas limitativas: si, hasta para la más pesimista de las teorías científicas en circulación, el daño conectado a un producto es ínfimo e indudablemente inferior al umbral de riesgos prohibidos, no habrá que tomar medidas; no porque así se desprenda del principio de precaución, sino porque se deduce de otras reglas, concretamente de la de los riesgos aceptados por ser respetuosos con el nivel de protección elegido. Pero no hay que acudir a ese caso extremo: basta que para la hipótesis acogida –razonablemente acogida por ser verosímil o incluso la más verosímil– el riesgo no supere el nivel prohibido, el incompatible con el nivel de protección consagrado. Con estas aclaraciones se comprende también mejor lo expresado por el Órgano de Apelación de la OMC y por las instituciones comunitarias sobre la coherencia de la medida de precaución para que, en suma, las autoridades no puedan, amparadas en la incertidumbre científica, buscar un grado de protección mayor que el perseguido ante riesgos bien evaluados.

9. EPÍLOGO: CONCLUSIÓN Y CUESTIONES PENDIENTES

En suma, ante la incertidumbre científica sobre un riesgo hay que decidir. Se podrán tener todas las dudas que se quieran, pero hay que tomar alguna decisión sin esperar a resolverlas. También aquí está prohibido el *non liquet*. A diferencia de lo establecido en el Código Civil y en el artículo 89.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el problema no está aquí en el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, sino en

el de los estudios científicos que no permiten conocer bien los hechos. Pero hay que resolver; resolver, según se ha explicado, partiendo de una hipótesis verosímil, que no por eso segura y verdadera. Algún autor ha acudido a la duda metódica de Descartes para explicar el principio de precaución. Pero la lección de Descartes útil para justificar el principio de precaución está en otra parte de *El discurso del método*. Cuando comprende que debe dedicarse a la búsqueda de la verdad pero que ello le llevará mucho tiempo, afirma que necesita una «moral provisional ... mientras dura el trabajo»: «... a fin de no permanecer indeciso en mis acciones, mientras la razón me obligase a serlo en mis juicios, y no dejar de vivir ... me formé una moral provisional...». Y en esa moral provisional con muy pocas máximas formula ésta: «Mi segunda máxima consistía en ser en mis acciones tan firme y decidido como pudiese ... una vez que me hubiese decidido por ellas, con la misma constancia que si hubieran sido las más seguras...».

No podemos extendernos más. Pero se comprende con lo dicho la necesidad que plantea el principio de precaución y el adecuado control de las medidas que se adopten a su amparo de contar con una organización de los estudios científicos que garantice su independencia, imparcialidad y solvencia. Se evidencia que la transparencia de las decisiones y la intervención de los interesados (que no son sólo las empresas, generadoras del riesgo, sino los consumidores, víctimas del riesgo) cobra aquí destacada relevancia. Asimismo, surgen nuevas perspectivas en cuanto a la motivación de las decisiones (no sólo los actos administrativos, sino reglamentos, donde nuestro Derecho es más pobre, y hasta leyes) y al procedimiento de elaboración que debería garantizar, formalizar y permitir conocer la evaluación del riesgo en la medida de lo posible. Sobre todo se abren nuevas perspectivas al control contencioso-administrativo sobre la legalidad de las medidas de policía sanitaria (y las de protección del medio ambiente) adoptadas en incertidumbre científica, tanto por exceso como por defecto de precaución. Suficiente es apuntar los problemas del control de los hechos determinantes, el reconocimiento o no de un amplio margen de apreciación administrativa para establecer la hipótesis de partida, para juzgar la proporcionalidad... en un contexto de incertidumbre científica. Como ya vimos en Francia, por lo menos estará justificado un estricto control de los aspectos formales para, como mínimo, garantizar que se dan los requisitos que justifican invocar el principio de precaución y que la decisión adoptada se deduce con una racionalidad suficiente de los datos científicos disponibles. Pero el control jurisdiccional puede y debe ir algo más lejos, aunque sin llegar en ningún caso a admitir que los jueces sustituyan a los gestores del riesgo. Y aun cabe plantear el juego de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto por exceso

como por falta de precaución, una vez que se compruebe que la hipótesis que guió sus decisiones era errónea y ha causado daños o restricciones a la libertad que se han comprobado injustificadas.

Demasiadas cuestiones abiertas que aquí no pueden desarrollarse, pero cuestiones, al menos, para las que creemos haber dejado sentados los presupuestos con las que abordarlas. ¿Presupuestos seguros e indubitados? No. Pero también aquí hay que actuar como si lo fuesen, con la misma convicción y constancia que si fueran los más seguros, hasta que se demuestre lo contrario, hasta que se alcance otra «certeza» o, al menos, otra hipótesis más verosímil. También hay falta de certeza absoluta sobre el significado del privilegio de precaución. La historia interminable...