

Voto particular que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos y la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 498-2014.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC, y desde el respeto a la posición mayoritaria, cuyo fallo compartimos, disentimos parcialmente de la fundamentación jurídica de la Sentencia por las razones que seguidamente exponemos, las cuales, en lo esencial, recogen las que alegamos durante la deliberación.

1. En su FJ 2, la Sentencia intenta instalarse en el debate técnico y social que viene suscitando la técnica del *fracking*, efectuando a tal efecto unas consideraciones que, a nuestro juicio, adolecen de la falta de la debida objetividad, pues ni reflejan el complejo elenco de ventajas e inconvenientes, ni mencionan la fuente de las opiniones que se reseñan. Si, como bien se afirma, no corresponde al Tribunal tomar postura alguna sobre un tema en el que están convergiendo posiciones de una intensa y extensa diversidad y alcance, elementales exigencias de coherencia hubieran obligado a la supresión de estas reflexiones; o, en todo caso y de querer evocar ese debate, haber dado cuenta del mismo citando las plurales dimensiones que la técnica de la fractura hidráulica ofrece, especialmente la de los riesgos para la salud, que la Sentencia no menciona en esta introducción e, incluso y en buena medida, como se razonará más adelante, también soslaya en el cuerpo de la fundamentación.

En el capítulo de observaciones generales resulta aún pertinente efectuar una segunda. Si bien con un valor meramente interpretativo, la Sentencia de la que discrepamos busca en reiteradas ocasiones el apoyo de las recomendaciones adoptadas por instituciones comunitarias, evocando en tal sentido y de manera recurrente el principio de precaución. La invocación de este principio hubiera demandado, sin embargo, un mayor rigor técnico en lo que a su alcance aplicativo concierne.

El principio de precaución, en efecto, no opera cuando existen datos terminantes sobre los eventuales riesgos para la salud y el medio ambiente, como parece dar a entender la mayoría. Tal principio adquiere su auténtico significado en un escenario bien distinto: el de la existencia de incertidumbre acerca de los potenciales riesgos. Es entonces cuando dicho principio entra en juego y se activa en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental, a la que tanta relevancia argumentativa atribuye la Sentencia con vistas a razonar que, es en el marco de este procedimiento, en el que deberá quedar garantizada la máxima protección del medio ambiente y

de los recursos naturales. En concreto, son dos las operaciones previas que figuran entre los principios mínimos que la Recomendación 2014/70/UE entiende que deben aplicarse como base común para la exploración y producción de hidrocarburos mediante el *fracking*, ninguno de los cuales, por cierto, es objeto de la debida conexión con el tan citado principio de precaución.

La primera (apartado 3.1) es la evaluación ambiental estratégica para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente, sobre la base de los requisitos de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En España, tal procedimiento está regulado por la Ley 21/2013, de 29 de diciembre, de evaluación ambiental, la cual es necesariamente previa e independiente de la evaluación de impacto ambiental de cada proyecto, en la que la Sentencia cifra, indebidamente, la garantía de la máxima protección medioambiental.

Adicionalmente, tampoco se menciona en ningún momento que la Unión Europea considera necesario establecer normas claras sobre muy diferentes aspectos, entre otros: posibles restricciones de actividad, por ejemplo en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a sismos; distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de las aguas o, en fin, limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie que va a fracturarse y las aguas subterráneas (apartado 3.2 de la Recomendación 2014/70/UE).

2. En el encuadramiento material de la presente controversia, de contenido netamente competencial, la Sentencia de la que disentimos adopta un enfoque por completo inusual, cuya generalización produciría muy importantes consecuencias, la más relevante de las cuales consistiría en preterir la competencia autonómica, en éste y prácticamente en cualquier supuesto, al prescindir y dar de lado el juicio de ponderación de títulos competenciales al que en tantas ocasiones este Tribunal se ha sometido. El resultado inducido por tal método sería, en suma, la existencia de un desequilibrio de partida.

La Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, por la que se prohíbe el *fracking* en el territorio de esa Comunidad Autónoma, sitúa el conflicto en un marco bien delimitado, siendo una típica manifestación del complejo fenómeno de concurrencia que tiene lugar cuando, en el mismo espacio físico, se proyectan competencias estatales y autonómicas con distinto objeto jurídico. Por ello, el método de análisis debería de haber sido el tradicional en la doctrina constitucional. Conforme viene reconociendo sistemáticamente este Tribunal desde su época

más fundacional, el estrecho entrecruzamiento competencial que se produce en este tipo de conflictos hace que la delimitación competencial sea particularmente complicada, pues los títulos competenciales en presencia se limitan y contrapesan recíprocamente, no siendo razonable el propiciar un vacío recíproco de su contenido; o, expresada la idea en otras palabras, los títulos que se invocan han de ejercerse con pleno respeto a las competencias que sobre otras materias pueden corresponder a otra instancia territorial (STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 3).

Son varias y complementarias las ideas centrales que conforman esta doctrina, cuyo objetivo último es cohesionar o integrar las distintas competencias. Su más reciente resumen se encuentra en la STC 5/2013, de 17 de enero, FFJJ 6 y 7, de la que aquí interesa destacar: (i) la deseable utilización de técnicas y cauces de cooperación para resolver los conflictos que puedan surgir, (ii) la determinación del título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra, y (iii) la necesidad de respetar la esfera de decisión que a cada uno compete, asegurando la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados sin preterir unos en beneficio de otros.

Este canon de enjuiciamiento se encuentra ausente en la lógica argumental de la Sentencia, que analiza de forma lineal y por separado los distintos títulos competenciales en presencia, afirmando de entrada (FJ 4) que la controversia se encuadra en el ámbito material de la energía y añadiendo de seguido que, no obstante la incidencia de la protección del medio ambiente en el caso a examen, es aquél, la energía, el título competencial prevalente. Tal premisa, que toma como punto de partida la legislación básica estatal cuya vulneración se aduce, difiere llamativamente de la que puede y debe considerarse la operación canónica de encuadramiento, basada en el análisis del objeto y finalidad de la propia norma controvertida, en el presente conflicto claramente postergado.

Un método semejante abre un punto ciego, pues renuncia a reconocer la concurrencia o entrecruzamiento que se produce en el caso a examen. Y, con ello, se aleja del núcleo de la doctrina previa, cuyo *Leitmotiv* es la integración y la búsqueda de equilibrio entre distintas competencias; un equilibrio que, en definitiva, refleja el que debe perseguirse cuando, más allá de la titularidad de la competencia, son varios los intereses generales o bienes constitucionales en presencia.

3. En la contraposición de la competencia estatal en materia de energía *versus* la competencia autonómica en materia de protección del medio ambiente, no extendemos nuestra discrepancia al fallo, pues basta remitirse a lo que en un supuesto similar determinó la STC

64/1982, de 4 de noviembre, para apreciar que la prohibición que contiene la Ley cántabra, precisamente por su carácter general e incondicionado, no es compatible con el complejo y delicado equilibrio que la jurisprudencia que hemos invocado reclama.

Éste ha sido el criterio constante del Tribunal hasta el presente: en paráfrasis de la ya citada STC 5/2013, FJ 6, el carácter general e incondicionado de esta prohibición implica la prevalencia del criterio autonómico de un modo que ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias, al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros.

4. Si las anteriores consideraciones hubieran debido entrar en juego al armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos energéticos, con mayor razón hubiera sido necesario fijar un criterio semejante a fin de examinar la finalidad, explícitamente proclamada por la Ley cántabra 1/2013, de proteger la salud humana frente a los riesgos que puede comportar la técnica del *fracking*.

Tampoco podemos compartir la aproximación metodológica mayoritaria, pues la misma, al debatirse entre subsumir la protección de la salud en la protección del medio ambiente o el débil intento de conferirle una dimensión específica, termina prácticamente soslayando una perspectiva de análisis que, tras esta Sentencia, permanece lamentablemente inédita. Hasta ahora, sólo en la STC 8/2012 se había abordado una cuestión similar (proyectada sobre el binomio telecomunicaciones-salud), otorgando un peso determinante a la circunstancia de que, precisamente, la normativa básica del Estado en materia de sanidad haya regulado los niveles de emisión ofreciendo una “solución de equilibrio entre la preservación de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones” (FJ 6).

Interesa destacar que en aquella ocasión se alcanzó esta conclusión tras un extenso y reposado análisis del que esta Sentencia carece, que por ello deja abierto un interrogante de muy notable trascendencia: ¿cuál es en este caso la solución de equilibrio, si no existe (o no se invoca) la normativa sanitaria estatal y tampoco se admite que, en ausencia de aquélla, la Comunidad Autónoma pueda ejercer su competencia de desarrollo legislativo en materia de protección de la salud? No cabe ignorar que el derecho a la protección de la salud, que como principio rector reconoce el art. 43.1 CE, “obliga a los poderes públicos ‘no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos

constitucionales’ (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto” (STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 5.b).

Aunque estén estrechamente asociados en cuanto a la fuente u origen del riesgo, la relevancia constitucional de los intereses vinculados a la protección de la salud humana, por un lado, y del medio ambiente, por otro, es sustancialmente diferente. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud están asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, conectados en determinados supuestos con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE (SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3, 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2, 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, 16/2004, de 23 de febrero, FJ 4, 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, 160/2007, de 2 de julio, FJ 2, y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 6).

La Sentencia, en suma, no pondera debidamente la incidencia de los riesgos del *fracking* en un interés de la máxima relevancia constitucional como es la protección de la salud humana.

Por las razones expuestas, entendemos que el enfoque del conflicto y su tratamiento por parte de la Sentencia debieron ser diferentes.

Y en este sentido emitimos nuestro Voto Particular concurrente.

En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil catorce.