

2017 - 02 - 27

## Revista Aranzadi de Derecho Ambiental

Año 2016

Número 35 (Septiembre-Diciembre)

Doctrina

## Doctrina

### Artículos

# 1 Fracturación hidráulica: entre la prohibición y la exigencia de evaluación ambiental. Evaluación de riesgos y moratoria aconsejable \*)

---

**ANTONIO EMBID IRUJO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza*

**ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO**

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ISSN 1695-2588**

**Revista Aranzadi de Derecho Ambiental 35  
Septiembre - Diciembre 2016**

#### Sumario:

- I. Introducción general
- II. Las decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea. La diferenciación entre evaluación ambiental y evaluación de riesgos como rasgo más significativo de la documentación examinada
  1. La acción del parlamento europeo. El valor testimonial de la resolución de 2 de febrero de 2016
  2. La acción de la Comisión europea. La distinción entre evaluación ambiental y evaluación de riesgos en su recomendación de 22 de enero de 2014 (LCEur 2014, 186)
  3. Otros documentos europeos. En especial la Directiva 2013/30/UE (LCEur 2013, 940) y el procedimiento que regula sobre evaluación de riesgos
- III. La legislación de las comunidades autónomas en España y la intervención anulatoria del Tribunal Constitucional
  1. Las leyes de las CCAA: prohibición, en la mayor parte de los casos. Evaluación ambiental en supuestos restringidos
  2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las bases en materia de medio ambiente, de régimen minero y energético y de ordenación de la economía, son competencia del Estado, no de las CCAA. Las referencias al medio ambiente o a la

salud no sirven para justificar la legislación de las CCAA

3. Crítica a la jurisprudencia constitucional: el significado del principio de precaución

IV. El ordenamiento jurídico estatal en España: la aplicación de la evaluación ambiental y su insuficiencia para la valoración del riesgo. Consideraciones sobre las actuaciones económicas de compensación a comunidades autónomas y entidades locales

V. El control de las decisiones autorizatorias de la fracturación hidráulica en la jurisprudencia ordinaria española y otra jurisprudencia sobre cuestiones conexas

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía utilizada

**RESUMEN:**

En España ha existido un fuerte debate de contenido competencial entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas sobre la técnica de la fracturación hidráulica que ha desembocado en anulación de leyes que postulaban su prohibición y en un ordenamiento jurídico que somete a evaluación de impacto ambiental los proyectos para investigación, exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales, pero que no contiene un procedimiento adecuado para la valoración de los riesgos implícitos en la técnica. El trabajo concluye en la razonabilidad de una moratoria hasta que el debate técnico se clarifique, al modo como se ha realizado en algunos países y en la necesidad, en todo caso, de insertar el debate en la problemática actual que presenta la relación energía-cambio climático en el marco del Acuerdo de París de diciembre de 2015.

**PALABRAS CLAVE:** Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas; Evaluación de Impacto Ambiental; Evaluación de riesgos; Fracturación Hidráulica; Hidrocarburos no convencionales.

**ABSTRACT:**

In Spain there has been a strong debate competential content between the State and some Autonomous Communities on the technique of hydraulic fracturing which has resulted in cancellation of laws postulating ban and a legal system that undergoes evaluation of environmental projects for research, exploration and exploitation of unconventional hydrocarbons impact, but does not contain an adequate procedure for assessing the risks in the art. The paper concludes on the reasonableness of a moratorium until the technical debate is clarified, the way has been made in some countries and the need, in any case, inserting the debate on the current issues presented by the energy-to-change climate under the Paris Agreement of December 2015.

**KEYWORDS:** Competences of the State and the Autonomous Communities; Environmental Impact Assessment; Risk Evaluation; Hydraulic Fracturing; Unconventional Hydrocarbons.

**I. INTRODUCCIÓN GENERAL <sup>1)</sup>**

La técnica de fracturación hidráulica (*fracking*) para la investigación y explotación de hidrocarburos (petróleo y gas de esquisto) tiene una relativa antigüedad aun cuando su utilización masiva y los «éxitos» en su aplicación son mucho más recientes. En todos los casos la polémica ha acompañado a su utilización<sup>2)</sup> dado que se le reprochan riesgos ambientales y para la salud pública que no se han acabado de concretar en un determinado acontecimiento de índole catastrófico, aun cuando sus detractores señalan ejemplos de contaminación y hasta acontecimientos sísmicos de pequeña intensidad que imputan a la utilización de esta técnica<sup>3)</sup>.

Según información contrastada, «la fracturación hidráulica se realiza en un pozo previamente construido, entubado y cementado, que puede ser vertical u horizontal. La técnica consiste en generar uno o varios canales de elevada permeabilidad a través de la inyección de agua a alta presión, de modo que supere la resistencia de la roca y que abra una fractura controlada en el fondo del pozo, en la sección deseada de la formación contenedora del hidrocarburo. Con el fin de evitar el natural cierre de la fractura, en el momento en que se relaja la presión hidráulica que la mantiene abierta, se bombea, junto con el agua, un agente de sostenimiento (propante), comúnmente arena, que mantiene la fractura abierta de un modo permanente»<sup>4)</sup>. De esta forma se

consigue la extracción de petróleo «no convencional» o de gas «no convencional», de «hidrocarburos no convencionales» como, resumidamente, podríamos decir.

Al margen de esta referencia general al contenido de la técnica y como bien podrá comprenderse, no es el marco de un estudio de corte exclusivamente jurídico el ámbito idóneo para aportar o discutir cuestiones que se desarrollan en el plano de la técnica. En este tema quienes suscriben este artículo solo podrían operar, y con dificultades, como lectores y sistematizadores de una literatura no jurídica y no es esa la función que pretende desempeñarse en estas páginas. Dentro exclusivamente del ámbito jurídico hay una importante y trabajosa función que desarrollar.

Lo que sí parece evidente a los ojos de cualquiera, aun no experto en cuestiones técnicas, es que la fractura hidráulica no es una «técnica más» de búsqueda y explotación de hidrocarburos sino que por los componentes químicos que se utilizan, el amplio volumen de agua necesario para inyectar (que, por tanto, se consume y afecta a los balances hídricos de la correspondiente cuenca) y teniendo en cuenta el agua, subterránea, a que puede afectar y los Gases de Efecto Invernadero (metano y otros) que se liberan durante el proceso de exploración y explotación, está perfectamente justificado que los autores de políticas públicas (los legisladores y los gobiernos) adopten decisiones normativas sobre la cuestión de corte precautorio dados los riesgos que la técnica conlleva<sup>5)</sup>. Por eso en algunos países se han adoptado moratorias sobre su utilización<sup>6)</sup>, en otros se ha llegado a prohibiciones<sup>7)</sup>, ciertos hacen regulaciones protectoras de la salud y del medio ambiente<sup>8)</sup> y finalmente, en otros, la utilización de la técnica ha acabado siendo sometida al procedimiento de evaluación ambiental<sup>9)</sup>.

En ese marco España es un país en el que la fracturación hidráulica ha sido objeto de profundo debate, y no solo técnico, sino que también ha alcanzado el plano jurídico abocándose a soluciones de prohibición adoptadas por algunas CCAA que han aprobado Leyes sobre esa cuestión, Leyes que, finalmente, han ido siendo sucesivamente anuladas por el TC tras los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Nación. La razón de los recursos y de los pronunciamientos de anulación posterior radica en que las leyes autonómicas se habrían inmiscuido en cuestiones mineras y de hidrocarburos (régimen energético), medio ambiente y ordenación de la economía, que son de competencia del Estado sin que las apelaciones al medio ambiente, al urbanismo o a la salud (que realizan las Leyes autonómicas y que sí se corresponden con competencias de las CCAA), fueran de suficiente intensidad como para justificar la regulación prohibitoria frente al título, que se juzga prevalente, estatal.

Es claro que la polémica en España tiene los rasgos habituales de las que se producen bastante comúnmente en los Estados basados en la descentralización política (o Estados federales), que son los que presentan un reparto de la potestad legislativa entre distintos poderes normativos y siguiendo las respectivas pautas constitucionales. Más adelante se dedicará un apartado especial a tratar del contenido de la legislación prohibitoria y de la jurisprudencia constitucional que la anula así como también tendremos ocasión de reflejar una serie de sentencias del TS que resuelven recursos contencioso-administrativos contra una decisión autorizatoria de investigación de recursos no convencionales mediante esa técnica o relativas a cuestiones que se mueven en ese ámbito. Es claro, entonces, que la polémica jurídica tiene diversas manifestaciones, lo que es un acicate más para su estudio desde parámetros jurídicos.

En el momento en que se concluye este trabajo (mediados de octubre de 2016) los datos jurídicos sobre la fractura hidráulica en España han alcanzado una mayor intensidad que los existentes cuando se realizaron otros trabajos jurídicos sobre el particular. Parece concluido el ciclo de leyes autonómicas sobre la técnica y, paralelamente, prácticamente también la respuesta del TC. Pero han aparecido ya las primeras SsTS que solucionan los recursos contra la autorización de actividades de fracking, sentencias dignas de ser estudiadas y no definitivas en relación a la cuestión polémica. En todo caso hay un dato no jurídico, como es el actual contexto de bajos precios del petróleo (que es previsible que se extienda todavía unos años más) que convierte en prácticamente inviable (económicamente) la técnica aunque, paradójicamente, parezca renacer en la Inglaterra del Brexit. Ello, unido a informaciones procedentes de otros lares, nuevas normas estatales (de 2015, con la introducción, incluso, de una compensación económica vía tributaria) y la utilización de argumentos jurídicos todavía no ensayados (los provenientes de la relevancia, no concedida, al principio de precaución así como la necesaria incidencia a realizar sobre la evaluación de riesgos, que no debe confundirse con la

evaluación de impacto ambiental) así como a la existencia de pronunciamientos políticos en este atípico año 2016, animan a ensayar una consideración total de la cuestión en nuestro país.

Pero teniendo en cuenta que una unidad política supranacional, como es la UE, a la cual pertenece España, ha adoptado decisiones (de diverso cariz jurídico) sobre esta cuestión (algunas y muy relevantes en este año 2016), se va a comenzar el trabajo exponiendo brevemente el contenido de los pronunciamientos europeos sobre el tema con atención especial a una resolución del Parlamento Europeo de febrero de este año.

## II. LAS DECISIONES ADOPTADAS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y EVALUACIÓN DE RIESGOS COMO RASGO MÁS SIGNIFICATIVO DE LA DOCUMENTACIÓN EXAMINADA

En el ámbito de la UE tanto la Comisión como el Parlamento Europeo y en una ocasión también el Consejo Europeo (en sus conclusiones de 22 de mayo de 2013), han llevado a cabo diversos informes y pronunciamientos sobre el *fracking*. Se entiende perfectamente que haya sucedido así dadas las agrias polémicas sobre la cuestión existentes en distintos Estados miembros de la UE y el papel que quieren jugar las instituciones europeas de propiciar una cierta homogeneidad en el tratamiento jurídico de la cuestión. Instituciones europeas las citadas que actúan en función de las competencias en materia de medio ambiente (que no de minería) que tiene la UE. Se trata, por tanto, de documentos que reconocen el papel fundamental de los Estados en este ámbito<sup>10</sup> pero que, no obstante, juzgan adecuado por razones del presumible impacto ambiental de esta técnica y por la tendencia a la homogeneidad que se considera necesaria en esta materia, llevar a cabo estudios, informes, finalmente y en el plano más elevado, como veremos, un documento denominado expresivamente como «Recomendación de la Comisión» (a los Estados) y que tiene una fundamentación basada prácticamente con exclusividad en consideraciones ambientales.

Las decisiones de la Comisión y del Parlamento que se van a reflejar a continuación tienen una caracterización jurídica no vinculante para los Estados miembros lo que no es óbice para reconocerles una evidente utilidad por la relevancia de las instituciones que las originan. En esos documentos, singularmente en los de la Comisión, existe muy buena información para conocer y juzgar sobre las preocupaciones que han ido teniendo lugar y las respuestas que a ellas se ofrecen. En este apartado se va a realizar un breve resumen y comentario del contenido de los documentos más importantes aparecidos hasta la fecha, no solo estrictamente sobre la fractura hidráulica, sino también sobre cuestiones –como la explotación de petróleo en alta mar– con las que pueden señalarse evidentes signos de conexión<sup>11</sup>.

### 1. LA ACCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. EL VALOR TESTIMONIAL DE LA RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2016

La actividad del Parlamento Europeo comienza con la elaboración de documentos de 2010 en los que se llevan a cabo estudios sobre el impacto ambiental y la necesidad de tener en cuenta esta técnica en la política energética europea, dada la limitación de recursos energéticos convencionales que existe en Europa<sup>12</sup>. Después de ello habrá muy distintos documentos también provenientes del Parlamento en los que se valora críticamente la técnica de la fracturación pero no se la ataca frontalmente. Un estadio muy distinto se alcanza, sin embargo, en la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2016 sobre la revisión intermedia de la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad. En el punto 88 del expositivo se dice expresivamente que el Parlamento:

«Insta a los Estados miembros a que no autoricen nuevas operaciones de fracturación hidráulica en la UE, sobre la base del principio de precaución y del principio de que deben tomarse medidas preventivas, teniendo en cuenta los riesgos y los efectos climáticos, medioambientales y para la biodiversidad negativos que conlleva la fracturación hidráulica para la extracción de hidrocarburos no convencionales y las deficiencias detectadas en el régimen regulador de la UE para las actividades de gas de esquisto» (el resalte tipográfico es nuestro).

La afirmación es taxativa y singular dada la relevancia del órgano del que emana. En todo caso el lenguaje parece muy medido, pues no se trata de instar a la «prohibición» a los Estados, sino a que «no autoricen» la

utilización de esta técnica, con una forma de redacción que no parece definitiva. Se diría, más bien, que estamos ante una recomendación de «moratoria» y la apelación a los principios de prevención y de precaución<sup>13)</sup>, realizada conjuntamente, permite afianzar ese sentido interpretativo. Por otra parte hay también que llamar la atención sobre la apelación a las «deficiencias» del régimen regulador de la UE para las actividades de gas de esquisto, confesión que es de valorar en una institución que aunque no decisivamente, coopera a la formación de ese régimen regulador<sup>14)</sup>.

Pero profundizando un poco más en la cuestión, debemos decir que esta última referencia a un «régimen regulador» europeo no se acaba de entender, pues tal régimen no existe ni, parece, podría existir dada la limitación de competencias de la UE sobre esta materia como ya se ha indicado al comienzo de este apartado. En todo caso es muy importante esta imputación que el Parlamento hace a la obra de la Comisión que nos da pie para pasar a ver la intervención en la materia del co-gobierno europeo (gobierno al lado del Consejo, aunque con subordinación última a éste).

## 2. LA ACCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. LA DISTINCIÓN ENTRE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN SU RECOMENDACIÓN DE 22 DE ENERO DE 2014

Con diversos antecedentes anteriores sobre los que no debemos extendernos, hoy en día hay que centrar el estudio de la actuación de la Comisión en el documento: «[Recomendación de la Comisión de 22 de enero de 2014](#) relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen» (DOUE L 39/72, de 8 de febrero de 2014)<sup>15)</sup>. Se va a resumir su contenido en las siguientes líneas advirtiendo de que lo que pretende conseguir la recomendación (tal y como dice su [punto 1.1](#)) es garantizar «al mismo tiempo la preservación de la salud pública, el clima y el medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información del público». No se trata en modo alguno, pues, de una regulación del régimen de la técnica comprendida dentro del ámbito de la minería –para lo que la UE no tiene competencias– sino de una serie de consideraciones «perimetrales» que, no obstante, tienen mucho interés<sup>16)</sup> al margen de que no se encuentren más que en una «Recomendación»<sup>17)</sup>.

En primer lugar se produce una precisión sobre la expresión «fracturación hidráulica de alto volumen». Es solo a ella a la que se refiere la [Recomendación](#) y ello lleva consigo, lógicamente, la definición de esa expresión en su [punto 2](#) indicándose que por tal debe entenderse «la inyección en un pozo de 1.000 m<sup>3</sup> o más de agua por fase de fracturación, o de 10.000 m<sup>3</sup> o más de agua durante todo el proceso de fracturación». Se trata, por tanto, de una expresión de contenido meramente cuantitativo con lo que queda claro que están al margen de la [Recomendación](#) aquellas actuaciones de escasa importancia, escasa, al menos, desde los parámetros cuantitativos que se usan en ella<sup>18)</sup>.

La [Recomendación](#) juzga necesario que antes de conceder una autorización se proceda a una «evaluación ambiental estratégica para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente» ([punto 3.1](#)). Evaluación estratégica que, apuntamos, debería versar sobre un Plan o programa (y desarrollarse conforme indica la [Directiva 2001/42/CE](#)) no, obviamente, sobre un proyecto concreto, pues ello sería objeto de una evaluación de impacto ambiental que también se postula en esta [Recomendación](#) y que debería desarrollarse conforme indica la [Directiva 2011/92/UE](#). En ambos procesos de evaluación los Estados deberían dar una «oportunidad real» de participar a la población afectada.

Particular importancia da la [Recomendación](#) a la selección de emplazamiento de la instalación debiendo velar los Estados para «garantizar la idoneidad de la formación geológica». Para ello deben procurar que los operadores realicen una caracterización y una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo.

En este punto debe llamarse la atención de cómo la [Recomendación](#) separa la evaluación de riesgos (en el [punto 5](#)) de las distintas menciones que se realizan en la misma a la evaluación ambiental (en los [puntos 3.1](#) y [3.3](#)). De lo que puede deducirse con claridad que para la [Recomendación](#) una cosa es la valoración de las consecuencias ambientales (en el medio ambiente) que puedan tener determinados proyectos y actividades, y otra distinta la valoración en sí misma de los riesgos que la autorización de un proyecto o actividad lleva consigo y que debe estar separada del procedimiento de evaluación ambiental (y que podría tener lugar antes o después de ésta, añadimos).

Para esa conclusión basta con fijarse en los amplios contenidos en los que debe basarse la evaluación de riesgos en la [Recomendación](#), lo que contrasta con la simple remisión que se hace a las Directivas relativas a la evaluación estratégica ([Directiva 2001/42/CE](#)) y a la EIA ([Directiva 2011/92/UE](#), que hoy debe entenderse en la modificación producida por la [Directiva 2014/52/UE](#) que luego se menciona). Efectivamente se habla de una evaluación de riesgos que debe basarse en «datos suficientes que permitan caracterizar la superficie potencial donde va a realizarse la exploración y la producción e identificar todas las posibles vías de exposición» ([apartado 5.2](#)), basarse en las mejores técnicas disponibles y tener en cuenta los resultados pertinentes del intercambio de información organizado por la Comisión entre los Estados miembros, las industrias implicadas y las organizaciones no gubernamentales que promueven la protección del medio ambiente» [[punto 5.3.a](#)], también «anticipar el comportamiento cambiante de la formación objetivo, las capas geológicas que separan el yacimiento de las aguas subterráneas y los pozos existentes u otras estructuras artificiales expuestas a las altas presiones de inyección utilizadas en la fracturación hidráulica de alto volumen y a los volúmenes de fluido inyectados [[apartado 5.3.b](#)], etc.».

En el marco de esta evaluación de riesgos –que, insistimos, parece lo más importante, cuantitativamente, al menos, de la [Recomendación](#)– hay diversas referencias a las cautelas que deben adoptarse sobre las posibles afecciones a las aguas subterráneas. En esos términos se dice que hay que evaluar el riesgo de fugas o migraciones de fluidos de perforación, anticipar el comportamiento de las capas geológicas que separan el yacimiento de las aguas subterráneas, respetar una distancia mínima de separación vertical entre la zona que va a fracturarse y las aguas subterráneas, asegurarse de que no se va a provocar un vertido directo de contaminantes a las aguas subterráneas...

Igualmente hay diversas referencias a la necesidad de existencia por parte de los operadores de planes de gestión de recursos hídricos para garantizar el uso «eficaz» del agua durante todo el proyecto<sup>19</sup>, necesidad de que desarrollen planes de gestión del transporte «para minimizar las emisiones atmosféricas», que «capturen» los gases para utilizarlos después debiendo, en particular «adoptar medidas para garantizar la reducción de las emisiones atmosféricas en la fase de exploración y producción mediante la captura de los gases y su uso posterior, advirtiéndose expresamente de que el “venteo de metano” y otros contaminantes atmosféricos debe limitarse a las circunstancias operativas más excepcionales por razones de seguridad ([punto 9](#) de la Recomendación)»<sup>20</sup>.

También se hace una llamada a la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad ambiental por parte de los Estados (lo que supone tener en cuenta la [Directiva 2004/35/CE](#) y las normas de su transposición por parte de los respectivos Estados) debiendo velar los Estados por que el operador proporcione una garantía financiera o equivalente que cubra las condiciones de la autorización y las responsabilidades potenciales por daños al medio ambiente, antes de dar comienzo a las operaciones en las que se practique la fracturación hidráulica de alto volumen ([punto 12](#) de la Recomendación).

Existen otras variadas prescripciones en la [Recomendación](#) pero para entender la misma es suficiente con lo ya dicho que, como bien podrá concluirse, son un conjunto de advertencias que deberán tenerse en cuenta en la fase de evaluación ambiental y también en la de evaluación de riesgos, tal y como ésta se configure. Desde luego y si los Estados en su normativa no lo recogieran así, la [Recomendación de la Comisión](#) induciría a la introducción en la normativa interna de la obligación de proceder a tal evaluación ambiental (e, incluso, a la estratégica si se dieran las condiciones previas de existencia de un plan o programa para ello) y desde luego a la evaluación de riesgos<sup>21</sup>.

### 3. OTROS DOCUMENTOS EUROPEOS. EN ESPECIAL LA DIRECTIVA 2013/30/UE Y EL PROCEDIMIENTO QUE REGULA SOBRE EVALUACIÓN DE RIESGOS

Finalmente y dentro de estas referencias europeas es adecuado, a los fines generales de este trabajo, introducir alguna nuevas informaciones. La primera consiste en la referencia a la nueva [Directiva 2014/52/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 por la que se modifica la [Directiva 2011/92/UE](#), relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L. 124/1 de 25 de abril de 2014). Todavía no ha finalizado el plazo de transposición al derecho español (hay de tiempo hasta el 16 de mayo de 2017 según el [art. 3](#) de la Directiva citada) pero está plenamente vigente y, por tanto, hay que tenerla en cuenta máxime en un trabajo en el que se examina, entre

otras cosas, cómo en el derecho español existe, actualmente, una obligación de sometimiento a EIA de los proyectos en los que se vaya a utilizar la técnica de la fracturación hidráulica (nos remitimos a lo que se indica en el apartado IV).

La Directiva que mencionamos no realiza menciones directas a esta técnica y, por tanto, la obligación de su sometimiento a EIA se va a deducir –en términos expresos, otra cosa sería la interpretación que se pudiera deducir a partir del Anexo II de la Directiva y de otros de sus preceptos– exclusivamente de lo previsto en el ordenamiento estatal español ([Ley 21/2013](#) y la mención de su [Anexo I](#)). En todo caso y en relación a alguna defectuosa práctica de la EIA que luego se resaltará, conviene indicar que se inserta en el cuerpo de la [Directiva 2011/92/UE](#) un nuevo [art. 9 bis](#) en el que, preventivamente, la [Directiva 2014/52/UE](#) adopta decisiones encaminadas a hacer de la EIA un procedimiento lo más objetivo posible. A esos efectos se contiene el mandato de que los Estados miembros velen para que «la autoridad o autoridades competentes ejerzan las funciones derivadas de la presente Directiva de manera objetiva y no se encuentren en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses». También el apartado 2.º del nuevo precepto indica que cuando la autoridad competente ambiental sea también el promotor, «los Estados miembros deberán cuando menos aplicar en su organización de las competencias administrativas una adecuada separación entre funciones en conflicto al ejercer las funciones derivadas de la presente Directiva».

Los dos mandatos indicados pueden quedarse en agua de borrajas si los Estados consideran que su normativa y su organización administrativa ya están respondiendo a los criterios que marca el nuevo precepto. En todo caso y aunque así sea, no cabe duda de que la Directiva proporciona, al menos, argumentos si no nuevos, sí interesantes para los procesos de control de las DIA que se produzcan, por sí mismas o por su incorporación al acto final de aprobación de los correspondientes proyectos<sup>22</sup>.

La siguiente referencia que querríamos hacer es a la [Directiva 2013/30/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la [Directiva 2004/35/CE](#) (DOUE L. 178/66, de 28.6.2013). Consideramos esta Directiva sumamente interesante desde el tema específicamente considerado en este trabajo puesto que en la misma se dedica una especial atención al procedimiento de evaluación del riesgo creado por las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro que se considera, obviamente, diferente de la EIA.

Sin realizar un estudio minucioso de la [Directiva 2013/30/UE](#) citada<sup>23</sup>, es necesario aportar que la citada Directiva recoge la necesidad de que en los Estados miembros exista una «autoridad competente» que deberá examinar el «informe sobre riesgos» cuya obligación de redacción se impone al operador correspondiente. La Directiva recoge minuciosamente el contenido de este informe de riesgos ([arts. 12](#) y ss.) y la autoridad competente (sobre la que se contienen distintas precauciones sobre su trabajo con independencia y objetividad, los medios financieros y los recursos humanos de los que debe disponer) debe «evaluar y aceptar los informes sobre los riesgos graves, evaluar las notificaciones de diseño y evaluar las notificaciones de operaciones en los pozos o de operaciones combinadas... supervisar el cumplimiento por los operadores y propietarios de la presente Directiva, incluidas las inspecciones, las investigaciones y las medidas de ejecución ([art. 8.1](#), entre otras de las funciones que se le atribuyen)».

En correspondencia con esas funciones la autoridad competente dispone de competencias para prohibir operaciones, entre otras muchas ([art. 18](#)).

La Directiva debía ser transpuesta al derecho español antes del 19 de julio de 2015 ([art. 41](#)), si bien solo parece que hasta ahora se han transpuesto las prescripciones relativas a la responsabilidad ambiental ([art. 38](#)). Ello por la [Ley 11/2014, de 3 de julio](#), por la que se modifica la [Ley 26/2007, de 23 de octubre](#), de Responsabilidad Medioambiental<sup>24</sup>.

Y la última referencia que queremos realizar lo es a la [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala segunda\), de 11 de febrero de 2015](#) (TJCE 2015, 56), asunto C-531/13, *Marktgemeinde Strasswalchen y otros/Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend*, en la que el TJUE resuelve una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al [artículo 267 TFUE](#) por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 11 de septiembre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de octubre de 2013.

El litigio que sirve de antecedente al planteamiento de la cuestión prejudicial presenta la situación de una empresa que ha recibido la autorización del ministerio para realizar una perforación con vistas a saber si sería posible la extracción de petróleo y gas natural y todo ello sin sometimiento a evaluación de impacto ambiental. El municipio donde va a tener lugar esa extracción y algunos particulares recurren porque piensan que la evaluación sería necesaria dado lo que indica el punto 14 del [anexo I](#) de la [Directiva 85/337/CEE](#): «extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando la cantidad extraída sea superior a 500 toneladas por día en el caso del petróleo y de 500.000 metros cúbicos por día en el caso el gas».

El Tribunal de Justicia va a indicar que en todo caso debe considerarse a una perforación de prueba como que cumple el requisito de realizarse «con fines comerciales». Pero no es posible encontrar el cumplimiento del requisito cuantitativo porque en el caso concreto solo se ha autorizado la extracción de un millón de metros cúbicos de gas, sin hablar de una periodificación que solo tiene sentido en el caso de las explotaciones comerciales consolidadas. Consiguientemente desde este punto de vista está justificado que no se haya sometido a esta perforación al requisito de realizarse una previa evaluación de impacto ambiental.

Ahora bien, debería tenerse en cuenta el [anexo II](#) y la referencia del [art. 4.2](#) de la Directiva 85/337/CEE que manifiesta la posibilidad de que en relación a los proyectos incluidos en ese anexo se lleve a cabo un estudio caso por caso con arreglo a determinados umbrales y criterios que implicarían un cierto margen de apreciación de los Estados. En ese hipotético sentido podría tomarse en cuenta el criterio de efectos acumulativos con otros proyectos, con lo que un proyecto que por sí no debería estar sometido a evaluación, puede resultar con tal obligación por los efectos acumulativos importantes para el medio ambiente (punto 43). Ello debe ser verificado por la autoridad nacional (punto 45).

Se trata de una Sentencia en la que no es cuestionada directamente la técnica de la fracturación hidráulica, pero el TJUE indica –a falta de precepto específico en el Anexo para ella– cuál sería la forma adecuada para su tratamiento desde la perspectiva de la evaluación ambiental: el tratamiento caso por caso. Como veremos en IV, según la legislación española sí que dentro de determinados umbrales es necesaria la realización de tal procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

### III. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESPAÑA Y LA INTERVENCIÓN ANULATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Llegamos a la consideración específica de la normativa española. Como ya se ha dicho con anterioridad, ha tenido lugar la emanación de leyes prohibitorias por parte de cinco CCAA, leyes que han ido siendo anuladas por el TC después de la interposición de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la Nación aun cuando todavía falta el pronunciamiento definitivo (los hay parciales<sup>25</sup>) sobre la última de las leyes promulgada (la del País Vasco).

Pero en paralelo a la actuación normativa de las CCAA, la impugnación y las sucesivas SsTC, también se ha desarrollado una acción legislativa del Estado. A efectos de la mejor sistematización posible de la situación, en este apartado III se trata solo del contenido y avatares constitucionales de la legislación autonómica y en el apartado IV nos referiremos a la normativa estatal.

#### 1. LAS LEYES DE LAS CCAA: PROHIBICIÓN, EN LA MAYOR PARTE DE LOS CASOS. EVALUACIÓN AMBIENTAL EN SUPUESTOS RESTRINGIDOS

Las CCAA que han regulado hasta el momento, lo han hecho en el sentido de la prohibición casi generalizada de la técnica y, en algunos casos, la prohibición opera solo dentro de la realización de unas determinadas condiciones. Las tres primeras leyes que se van a citar llevan en su mismo título, incluso, la referencia a la prohibición que es general, para todo tipo de utilizaciones y suelos. Las últimas leyes (probablemente por ser sus autores concededores de la acción anuladora del TC en relación a las primeras), son más matizadas en el sentido de la prohibición que intentan enmarcar, en su caso, en una cierta condicionalidad.

Podrá apreciarse también que hay una fuerte tendencia a la imitación entre ellas: la ley cántabra (la primera de todas) inspira fuertemente a las dos siguientes (la riojana y la navarra). La catalana (la cuarta) a la ley vasca (quinta y última por el momento), sin perjuicio de que estas dos últimas también presenten influencias de las



tres primeras (por tanto y sobre todo de la Ley cántabra).

A continuación se realiza una enumeración de las Leyes autonómicas y de su contenido fundamental.

-La primera en aparecer es la [Ley 1/2013, de 15 de abril](#), por la que se regula la prohibición del fracking en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. La forma de prohibir consiste en calificar la utilización de la técnica como un uso prohibido del suelo; por lo tanto y si así se procediera se estaría cometiendo una infracción urbanística. La Ley quiere reaccionar de una manera radical contra estas infracciones, y a esos efectos presenta una voluntad retroactiva: la prohibición se aplica también a los permisos concedidos y a los que se encuentren en tramitación debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.

-La segunda es la [Ley 7/2013, de 21 de junio](#), por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la fractura hidráulica (fracking) como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, inspirada en la primera hasta en su título. La Ley tipifica el uso de esta técnica como infracción administrativa ambiental (no urbanística, como la anterior) y también se aplica a los permisos concedidos y a los que se encuentren en tramitación debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.

-La tercera es la [Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre](#), por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Se sigue, por tanto, el ejemplo en el título de la [Ley cántabra](#). Igualmente se califica la utilización de esta técnica como un uso prohibido del suelo. Por consiguiente es una infracción urbanística y se aplica tanto a los permisos concedidos como a los que se encuentren en tramitación debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.

-La cuarta ley aparecida proviene de la Comunidad Autónoma de Cataluña y es la [Ley 2/2014, de 27 de enero](#), de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. Al contrario que en las anteriores, se trata de una Ley de las llamadas «ómnibus», con pluralidad de contenido normativo, y no es, por tanto, una Ley especial y singular, que son características de las tres primeras citadas. Su [art. 167](#) modifica el Texto Refundido de la Ley catalana de Urbanismo –aprobado por [Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto](#)– en su [art. 47 ap. 10](#) que a partir de esta [Ley 2/2014](#) dirá así:

«En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad».

Aquí aparece la condicionalidad que antes se refería: no es una prohibición general la que se regula –al menos aparentemente– sino que se encuentra vinculada a la producción de «efectos negativos» en una serie de campos. Obviamente la percepción de esos efectos negativos obligará a llevar a cabo con anterioridad una EIA para poder determinarlos con exactitud, aunque ello no está expresado en la norma comentada. No obstante la voluntad prohibitoria subyace al contenido del precepto, pues los términos utilizados son tan amplios que prácticamente equivalen al otorgamiento de una potestad discrecional al órgano administrativo que deba decidir finalmente.

-La última Ley aprobada hasta el momento (y todavía no objeto de Sentencia anulatoria por parte del TC cuando se concluye este trabajo a mediados de octubre de 2016), procede de la Comunidad Autónoma del País Vasco cuyo Parlamento aprueba la [Ley 6/2015, de 30 de junio](#), de medidas de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o fracking.

Esta Ley, que tiene su origen en una iniciativa legislativa popular, presenta un planteamiento previo algo distinto a las anteriores, pues pretende moverse dentro de las competencias que para el País Vasco (y para todas las CCAA) se deducirían del [art. 149.1.23](#) [CE](#) que permite a las CCAA fijar «normas adicionales de protección» a las normas medioambientales dictadas por el Estado<sup>26</sup>). En todo caso bueno es conocer que toda la regulación existente en ella se orienta a la prohibición de la técnica<sup>27</sup>) a la que se considera una «equivocación evidente» y una «amenaza indudable para el medio ambiente» frente a la que se debe actuar «como ya lo han hecho en otros lugares de nuestro entorno» (son frases contenidas en la exposición de motivos de la Ley)

Por ello es congruente con sus premisas que el articulado de la Ley contenga una prohibición expresa de la técnica en las siguientes dos circunstancias

a) En el caso de terrenos clasificados como suelo no urbanizable, no se permite esta técnica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma vasca, en función de lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y/o ambiental (modificación del [art. 28](#) de la Ley del Suelo y Urbanismo vasca y en la que se advierte una influencia directa de la [Ley catalana](#)).

b) En aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la Comunidad Autónoma Vasca ([art. 5](#)).

Y también hay una referencia a la necesaria práctica de la evaluación ambiental estratégica indicándose en el [art. 4](#) que cualquier plan o programa o estrategia sectorial que contemple la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos, especialmente la estrategia energética vasca, deberá contar con una evaluación medioambiental estratégica ([art. 4](#)). Es claro que la necesidad de practicar una evaluación estratégica no se deduce, estricta y técnicamente hablando, de lo que indica la Ley vasca sobre el particular sino de la previsión que sobre ello se contiene en la normativa europea ([Directiva 2001/42/CE](#)) y en la normativa española que hoy refleja su contenido (La [Ley 21/2013](#) que luego se comenta desde la perspectiva de la EIA).

No se tiene conocimiento de que en la actualidad se esté tramitando alguna iniciativa normativa en otras CCAA.

## 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LAS BASES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE, DE RÉGIMEN MINERO Y ENERGÉTICO Y DE ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA, SON COMPETENCIA DEL ESTADO, NO DE LAS CCAA. LAS REFERENCIAS AL MEDIO AMBIENTE O A LA SALUD NO SIRVEN PARA JUSTIFICAR LA LEGISLACIÓN DE LAS CCAA

Cuatro de las cinco Leyes anteriores y tras los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Nación, se han declarado inconstitucionales por el TC por violación de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético ([art. 149.1.25 CE](#)) y de medio ambiente ([art. 149.1.23](#)) fundamentalmente<sup>28</sup>). Estas Sentencias son la [106/2014, de 24 de junio](#) (RTC 2014, 106) (relativa a la [Ley cántabra](#)), la [134/2014, de 22 de julio](#) (RTC 2014, 134) (sobre la de [La Rioja](#)), [208/2014, de 15 de diciembre](#) (RTC 2014, 208) (relativa a la [Ley de la Comunidad Foral de Navarra](#)) y la [STC 73/2016, de 14 de abril](#) (RTC 2016, 73) (sobre la modificación [normativa catalana](#)). No hay resolución todavía en relación a la [Ley Vasca](#) pero es presumible que sea objeto de los mismos pronunciamientos anulatorios dado su contenido y la previa jurisprudencia del TC en relación a las otras cuatro.

La razón última de las anulaciones ya se ha anticipado: se trata de una cuestión competencial. Para el TC la normativa autonómica controvertida violentaría las competencias básicas del Estado sobre régimen minero y energético ([art. 149.1.25 CE](#)), el establecimiento de la legislación básica en medio ambiente también competencia estatal ([art. 149.1.23 CE](#)) así como la competencia estatal relativa al establecimiento de las bases de la ordenación económica ([art. 149.1.13 CE](#), esta apelación se produce con menos énfasis). Las bases en materia de medio ambiente se plasman hoy en las [Leyes estatales 17/2013](#) y [21/2013](#) que se analizan en IV y que permiten la utilización de esta técnica bien que sometiéndola a evaluación de impacto ambiental. También la primera Ley citada, la [Ley 17/2013](#), se referiría a las bases estatales en materia de régimen minero y energético, aun cuando el papel fundamental en ese plano lo representa la [Ley 34/1998](#) que se cita luego, con título completo, en el apartado IV.

En particular tiene interés la negativa a que la prohibición dictada por las CCAA pueda ser considerada una «norma adicional» de protección ambiental según los parámetros del [art. 149.1.23 CE](#). No se trata, dice el TC, de que las CCAA mediante esta medida establezcan niveles «más altos» de protección ambiental que los que puedan encontrarse en la normativa del Estado, pues la prohibición no significa un nivel más alto de protección sino la mera contradicción con la normativa básica del Estado que autoriza esta técnica siempre y cuando se supere el procedimiento de evaluación ambiental (vid. f.j 8 de la [STC 106/2014](#) (RTC 2014, 106) y en el mismo sentido todas las demás). Y ello porque «la exigencia de previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar los proyectos que requieran la utilización de la técnica del *fracking* en la exploración, investigación y

explotación de hidrocarburos no convencionales tiene un evidente contenido de protección medioambiental» (f.j. 8, [STC 106/2014](#) (RTC 2014, 106), igual que el resto). Resumiendo su doctrina el TC dirá:

«La prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma. De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. La prohibición de la técnica del *fracking* que establece el [art. 1](#) de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal ex [art. 149.1.13 y 25](#)CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales» (f.j. 8).

La apelación de Cantabria acerca de sus competencias en materia de sanidad, es despachada por el TC sin mayores razonamientos diciendo, simplemente, que «la competencia exclusiva del Estado, ex [art. 149.1.13 y 25](#)CE, para regular la técnica de la fractura hidráulica en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales, no puede resultar excluida por la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de protección de la salud que corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria ([art. 25.3](#) EACant)».

En suma, las leyes cántabra, riojana y navarra son incompatibles con la legislación del Estado (que examinaremos en IV)<sup>29)</sup> apoyada en los títulos constitucionales mencionados, y por tanto se declaran inconstitucionales y nulas<sup>30)</sup>.

Una atención especial merece la [STC 73/2016](#) (RTC 2016, 73), relativa a la [Ley catalana](#) que es el último pronunciamiento del TC sobre la cuestión, y ello porque también la innovación normativa catalana (que se ha recogido antes) es más matizada en su presentación que lo que sucede con las tres leyes anteriores que, simplemente, se basan en la prohibición, hasta en su mismo título. En el caso de la [ley catalana](#) se puede llegar a la prohibición cuando se den consecuencias negativas por la utilización de la técnica lo que, se apuntó anteriormente, precisa imprescindiblemente de la realización de una EIA aun cuando ello no se diga expresamente en la normativa catalana recurrida. Precisamente los abogados de la Generalidad y del Parlamento de Cataluña insisten ante el TC en que no se produce en la Ley recurrida la prohibición sin más, sino que la interpretación del precepto aboca a que solamente habría prohibición en el caso de esas consecuencias negativas que implicarían la realización de una EIA tal y como se recoge en la normativa básica del Estado (f.j. 10).

Pero el TC niega tal posibilidad interpretativa con las siguientes palabras:

«Sin embargo, tal interpretación no es ya que altere el significado del precepto; le hurta contenido propio para transformarlo en una norma muda que –según se afirma– remite implícitamente a otras leyes en contra de su tenor literal y de su cabal sentido. Nada hay dentro del precepto impugnado (...) que permita entender que el legislador catalán ha querido establecer una norma vacía de contenido o de mera remisión. Tal interpretación es demasiado forzada y debe ser en consecuencia rechazada (...). Además, aceptar aquella interpretación supondría dificultar los objetivos de claridad y seguridad jurídica que ha perseguido específicamente el legislador estatal en este caso amparándose válidamente en los apartados 13, 23 y 25 del [art. 149.1](#)CE.

Por lo demás, aunque pudiera interpretarse que el [art. 47.10](#) del Decreto Legislativo 1/2010 no hace más que reiterar la legislación básica relativa a la fracturación hidráulica aprobada al amparo de los apartados 13, 23 y 25 del [art. 149.1](#)CE, no por ello desaparecerían los problemas de constitucionalidad. No puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra en el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases» (f.j. 10).

Y como, además, la norma catalana no se limita a reproducir la norma estatal con el sentido finalista que haría justificable tal repetición, también habría inconstitucionalidad derivada de esta razón que se sumaría a la de la contradicción con la normativa estatal<sup>31)</sup>.

Inconstitucionalidad<sup>32)</sup>, pues, de la normativa catalana pero éste es un pronunciamiento que trasmite al lector

más dudas que las que dejaban las SsTC citadas anteriormente en relación a las leyes cántabra, riojana y navarra. Y esa impresión más dubitativa se basa en algo que no puede negarse: la normativa catalana no apuesta por la prohibición de la técnica, no hay nada en su contenido que directamente se exprese así. Es obvio, sin embargo, que el marco normativo que crea sí que puede desembocar en la prohibición, pero ello cuando vayan a tener lugar «efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad». Que esto pueda ser contrario a la normativa estatal que exige una EIA (de la que podría derivarse tal resultado) es demasiado aventurado el decirlo máxime cuando, como ya se ha dicho algunas veces en estas páginas, la norma catalana necesita para su realización práctica, imprescindiblemente, que tenga lugar un procedimiento de EIA para que pueda abocarse a esa conclusión sobre los efectos negativos de la utilización de la técnica.

Es por ello que quizá hubiera sido más apropiado que el TC se internara en el razonamiento propio de una sentencia interpretativa y que dejara bien acotadas en su Sentencia, las condiciones de aplicación de la normativa catalana (condiciones basadas fundamentalmente en la práctica de una evaluación que la [Ley catalana](#), bien es verdad, no preveía expresamente) para entenderla, de esa manera, como adecuada a la Constitución.

### 3. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Pero, en todo caso, habría otro modo jurídico de enfrentarse a la problemática planteada por estas Leyes y que el TC podría haber abordado perfectamente, y es el de la aplicación del principio de precaución <sup>33)</sup>.

El principio de precaución tiene en la actualidad el estatuto de principio general del Derecho comunitario <sup>34)</sup>, lo que posibilita su aplicación en cualquier rama del ordenamiento, no únicamente en el ambiental. Los sujetos llamados a su aplicación son igualmente extensivos <sup>35)</sup>, y por supuesto no están limitados a las autoridades estatales, sino también a las autonómicas o locales. De acuerdo a esta previsión jurídica, unánime en la jurisprudencia comunitaria, la aplicación del principio no puede ser excluida por ninguna autoridad, ni siquiera, obviamente, por un Tribunal Constitucional.

El contenido del principio de precaución, como también relata unánimemente la jurisprudencia comunitaria y concreta la Comisión en su documento de referencia sobre el recurso a la precaución, puede ser muy diverso, lo que incluye la posibilidad del establecimiento de una moratoria sobre la utilización de una tecnología de riesgos inciertos <sup>36)</sup>, como pretenden las Comunidades Autónomas españolas que han buscado prohibir el uso de la fractura hidráulica en su propio territorio o someterla a fuertes restricciones.

En cuanto a la forma de utilización del principio, ésta incluye la necesidad de una motivación jurídica de su utilización, donde cobran importancia los principios de gestión del riesgo <sup>37)</sup>. Cabe pronunciarse en particular sobre el análisis de beneficios y costes de la acción y de la inacción; si bien en algunos casos este requisito es imposible de cuantificar debido precisamente a la incertidumbre que la rodea, en el caso del fracking sí parece posible cuantificar de alguna forma los beneficios y cargas económicos de su utilización, que como se ha dicho es excesivamente costosa económicamente y relativamente innecesaria en una coyuntura actual con bajos precios del petróleo. De ello se sigue que permitir una actividad extractiva ambiental y sanitariamente arriesgada si de la misma no va a obtenerse un beneficio apreciable, resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que ha de gobernar toda decisión pública.

Por otro lado, la prelación de la competencia estatal sobre la autonómica como técnica de coordinación constitucional de competencias puede tener sentido en ciertos casos, pero parece poco adecuada cuando la competencia que se hace ceder es la relativa al medio ambiente, del cual depende al fin y al cabo cualquier otra competencia. Existe ya, tanto en Derecho comunitario como en el nuestro, una suerte de solución prelatoria a la hora de ponderar la competencia ambiental con aquellas de orden económico. Como señalan desde hace tiempo las instituciones comunitarias, las preocupaciones ambientales y sanitarias deben primar sobre las económicas <sup>38)</sup>. Esta afirmación fue también asumida por la jurisprudencia española, que resolvió a favor del medio ambiente y la salud pública el debate suscitado en torno a la precaución como obstáculo al progreso económico <sup>39)</sup>. Recientemente, se pronunciaba sobre la cuestión el magistrado del TC Juan Antonio Xiol Ríos, defendiendo que la competencia ambiental debe prevalecer, pues «la opinión contraria implica una trivialización del derecho al medio ambiente, en cuanto supone reducir el concepto a una consideración del

ecosistema como el conjunto de recursos naturales (...), cuando el medio ambiente y las políticas públicas que inciden en su protección suponen un elemento condicionante de la supervivencia de la especie humana y de la vida en el planeta»<sup>40</sup>.

Todo lo cual debería llevar a considerar inapropiada la doctrina constitucional según la cual las preocupaciones ambientales deben quedar insertas en aquellas de índole energético, siendo que, al contrario, la solución más acorde tanto con la jurisprudencia comunitaria como por supuesto con el orden natural de las cosas en el que ningún orden económico o social puede desarrollarse sin un medio ambiente que lo soporte<sup>41</sup>.

En todo caso este conflicto de índole competencial, entre la normativa estatal y la autonómica, exige que a continuación se examine el estado del ordenamiento jurídico estatal que, como antes se ha dicho, se ha ido formando conforme también se iba elaborando la normativa autonómica y se recibían los distintos documentos elaborados en el seno de la UE.

#### IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL EN ESPAÑA: LA APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL Y SU INSUFICIENCIA PARA LA VALORACIÓN DEL RIESGO. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACTUACIONES ECONÓMICAS DE COMPENSACIÓN A COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ENTIDADES LOCALES

El contenido fundamental del ordenamiento jurídico estatal sobre esta cuestión reside en el sometimiento de los proyectos de exploración, investigación o explotación de hidrocarburos no convencionales, al procedimiento de evaluación de impacto ambiental lo que implica que, en principio, la utilización de la técnica se considera posible por la normativa del Estado y simplemente queda al albur de lo que indique la EIA y de la aplicación del correspondiente ordenamiento jurídico.

Ese camino normativo lo inicia la [Ley 17/2013, de 29 de octubre](#), para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares<sup>42</sup>, que en sus disposiciones finales segunda y tercera adopta dos importantes decisiones.

La primera ([disposición final segunda](#)) consiste en introducir una modificación en la [Ley 34/1998, de 7 de octubre](#) del sector de hidrocarburos, añadiendo un apartado 5 a su [art. 9](#) (artículo dedicado al régimen jurídico de las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos), que supone «legalizar» la técnica. Obsérvese su contenido, ciertamente un cuerpo extraño en relación al objeto del precepto en el que se inserta el nuevo apartado:

«En el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos (autorizaciones y concesiones, señalamos) señalados en este artículo podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados *con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica*, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquéllos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto» (el resalte tipográfico es nuestro).

Y la segunda es la de introducir en la normativa de EIA en ese momento vigente (un Texto Refundido aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero](#)), la previsión de aplicar ese procedimiento cuando se realicen técnicas de fracturación hidráulica<sup>43</sup>.

Esta aplicación de la EIA se ha incorporado de una forma más explicativa a la actualmente vigente [Ley 21/2013, de 9 de diciembre](#), de Evaluación Ambiental. Su [Anexo I](#) sujeta a evaluación ambiental ordinaria:

«Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO<sup>2</sup>, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, *que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica*.

*No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigos previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.*

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como

las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos» (los resaltes tipográficos son nuestros).

Obligación de practicar una EIA lo que conduciría, en su caso, a la aparición de una DIA, positiva o negativa de la que se derivaran las correspondientes consecuencias. Normalmente en el derecho español las DIA son de contenido positivo (son rarísimas las que tienen un pronunciamiento negativo) pero suelen ir acompañadas de una serie de correcciones o condiciones a tener en cuenta en la configuración final y en la ejecución de los correspondientes proyectos.

La solución final –por ahora– a la que se llega en el ámbito de la evolución del ordenamiento jurídico estatal puede, en principio, parecer adecuada por el prestigio que, también en principio, tiene la EIA y que no puede discutirse en grandes rasgos. No obstante y uniendo con la constatación realizada en el párrafo anterior (la de las escasas declaraciones negativas que se producen en la práctica española de la EIA), la observación del derecho español muestra cómo la EIA se practica normalmente en ausencia de unos parámetros claros que guíen la actuación lo que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina especializada<sup>44</sup>.

Pero en todo caso lo que parece bastante evidente a la luz de la teoría de la EIA y de las enseñanzas que pueden desprenderse de la documentación y normativa europea examinada en el apartado II de este trabajo, es que la EIA no es el instrumento apropiado para realizar, a la vez que un juicio sobre los impactos ambientales, una evaluación sobre los riesgos que puedan presentarse. Esto está muy claro en la [Recomendación de 2014](#) allí examinada y, además, tiene una plasmación práctica en la [Directiva 2013/30/UE](#) relativa a la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro en donde claramente se distingue entre la EIA y la evaluación de riesgos que es, sobre todo, el objeto de la citada Directiva.

Puede decirse, entonces, que en la evolución compleja y problemática del derecho español todavía no se han adoptado todas las decisiones normativas necesarias para ofrecer un adecuado marco regulatorio a este problema siendo la cuestión del riesgo y su valoración el aspecto más necesitado de completar.

Y esta incidencia del riesgo sobre el que razonamos cobra todavía mayor importancia si apuntamos, por último, la aparición más reciente de una norma que puede considerarse de «compensación» de los posibles perjuicios que pueda causar la técnica de la fracturación hidráulica. Se trata de la [Ley 8/2015, de 21 de mayo](#) por la que se modifica la [Ley 34/1998, de 7 de octubre](#), del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Su [art. 7](#), con el expresivo título de «Incentivos para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en los (sic, las) que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos», contiene la previsión de que los Presupuestos Generales del Estado «de acuerdo con las disponibilidades financieras existentes», establezcan dotaciones destinadas a estas CCAA y EELL en las que se desarrollen las actividades «que constituyan el hecho imponible del Impuesto sobre el valor de extracción de gas, petróleo y condensados y las tarifas tercera y cuarta del canon de superficie regulados en la presente Ley».

La conexión con el nuevo Impuesto que establece esta [Ley 8/2015](#) y con el canon mencionado exige, en principio, tener en cuenta los preceptos que tratan del referido Impuesto ([arts. 9-20](#)) y del canon ([art. 21](#)). Digamos, en relación al Impuesto, que se trata de uno nuevo que se define como un «tributo de carácter directo y naturaleza real que grava el valor de los productos de dominio público gas, petróleo y condensados extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto, una vez realizado el primer tratamiento de depuración y separación de los mismos». Tras esta definición la Ley contiene los elementos claves de todo impuesto: descripción del hecho imponible, contribuyentes, base imponible, período impositivo y devengo, escala de gravamen, cuota íntegra, liquidación y pago, infracciones y sanciones, cuestiones todas ellas que sería interesante examinar en un trabajo que tuviera como objeto la consideración jurídica del nuevo impuesto, lo que no es el caso.

Digamos, de cualquier forma, que la referencia a la fracturación hidráulica aparece en el [art. 17.2](#), cuando se trata en él de la escala de gravamen; allí existe la referencia a un tipo impositivo en el caso de explotación en tierra y referido al gas no convencional indicándose que «se entenderá como extracción no convencional aquella que requiere la previa aplicación de técnicas de fracturación hidráulica de alto volumen, consistentes en la inyección en un pozo de 1.000 m<sup>3</sup> o más de agua por fase de fracturación, o de 10.000 m<sup>3</sup> o más de agua durante todo el proceso de fracturación y como convencional, aquella que se realiza mediante el uso de las

restantes técnicas». Como se puede fácilmente, observar en esta definición puede comprobarse la traslación a España de la definición de «fracturación hidráulica de alto volumen» que es el concepto utilizado por la [Recomendación europea de 2014](#) que se ha examinado en el apartado II de este trabajo.

Pero la compensación a CCAA y entidades locales no se configura como una parte de la recaudación del citado impuesto, sino que el planteamiento de la [Ley 8/2015](#) es que existirán unas dotaciones económicas que irán a los entes territoriales donde se realicen actividades sujetas a ese impuesto. Y los Presupuestos Generales del Estado recogerán las cantidades que se juzguen adecuadas, no una parte (un porcentaje) de esa recaudación. No hay que equivocarse, entonces, sobre el significado de las referencias al nuevo impuesto y lo mismo puede decirse de las referencias a las tarifas del canon de superficie que regula el [art. 21<sup>45\)</sup>](#).

## V. EL CONTROL DE LAS DECISIONES AUTORIZATORIAS DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA ESPAÑOLA Y OTRA JURISPRUDENCIA SOBRE CUESTIONES CONEXAS

Y vamos a cerrar el presente estudio (conclusiones al margen) considerando las Sentencias del TS que han aparecido en relación a un permiso concreto y tras la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos por distintas personas jurídicas (asociaciones ecologistas y Ayuntamientos). Se trata del permiso sobre el proyecto «Cronos» otorgado por el Real Decreto 317/2013, de 26 de abril, por el que se otorga a Frontera Energy Corporation S.L. el permiso de investigación denominado Cronos. En todas las Sentencias se niegan las pretensiones de anulación del permiso que postulan los recurrentes. A continuación se reflejan los principales temas tratados por estas Sentencias prestando atención especial a la Sentencia clave, que es la primera, pues al margen de que en el resto se traten problemas adicionales -lo que no sucede en todos los casos-, lo que hace con buen sentido el TS es remitirse a las cuestiones ya decididas en ella.

Y esta primera [Sentencia es la 25-4-2016](#) (RJ 2016, 1685) (rec. 372/2013). El recurrente es una asociación ecologista («Ecologistas en Acción») que imputa al RD 317/2013 su nulidad por haber cometido diversos defectos jurídicos, como no incorporar de forma adecuada las medidas de protección requeridas por el [art. 16.2](#) de la [Ley 34/1998](#) del Sector de Hidrocarburos (antes citada), no haberse realizado la evaluación de impacto ambiental o infringirse una directiva comunitaria (la [94/22/CE de 30 de mayo de 1994](#) sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos).

El reproche a la falta de adopción de medidas de protección ambiental se particulariza en la demanda de la asociación recurrente en que hay falta de diagnóstico de la afección a las aguas continentales y subterráneas y en que tampoco existe adecuación a la legislación relativa a los lugares de la Red Natura 2000. EL TS rechaza los argumentos remitiéndose al documento titulado «Medidas de Protección Medio-ambiental y Plan de Restauración para la solicitud del permiso de investigación de hidrocarburos Cronos» presentado por el solicitante del permiso que se juzga suficiente por el Tribunal a la luz de lo exigido por la normativa aplicable. También rechaza el TS la alegación de la recurrente a la falta de respeto a la [Recomendación 2014/70/UE](#) -examinada en el apartado II de este trabajo- indicando -como allí se dijo- que no es vinculante y, sobre todo, que es posterior al otorgamiento del permiso. En general el TS indica que se trata de un permiso de investigación dividido temporalmente (seis años) en tres fases y que las medidas de protección contenidas en el RD recurrido son más que suficientes para el objeto de una mera investigación. También rechaza documentos presentados por el recurrente en relación a la afección a aguas subterráneas o lugares de la Red Natura indicando que solo cuando se decida, en su caso, perforar en determinadas localizaciones, habrán de obtenerse concretas autorizaciones y presentarse un estudio de impacto ambiental.

En relación a la omisión de la evaluación ambiental estratégica o de la EIA el TS tiene que partir de la fecha concreta del RD que es la de 26 de abril de 2013 y, por tanto, se remite a jurisprudencia anterior indicando que según ella la evaluación estratégica solo procede cuando se trate de examinar planes o programas y que el hecho de que un permiso de investigación sobre una actividad se desarrolle en varias fases no permite concluir en que se ha trasmutado su naturaleza en la de un plan o programa. En cuanto a la falta de EIA el TS se remite a la [Sentencia de 24 de febrero de 2004](#) (RJ 2004, 1896) reiterada por la de [25 de junio de 2014](#) (RJ 2014, 3119)

(rec. 353/2012) que señalaba que estos permisos en aquél momento no estaban sometidos a EIA y que solo debería procederse a ésta cuando se hubiera llegado a un cierto grado de precisión en la labores que deberían desarrollarse. En todo caso el TS afirma que desde la [Ley 17/2013](#) (reiterada por la [Ley 21/2013](#), ambas estudiadas en el apartado V), ya habría necesidad de realizar la EIA pero que ni el propio recurrente se remite a dicha Ley dada su fecha, 29 de octubre.

Finalmente, la violación de la [Directiva 94/22/CE](#) se traduce, para el recurrente, en que no se habría abierto el procedimiento a todas las partes interesadas en la obtención del permiso (que es lo que se deduciría del [art. 3](#) de dicha Directiva), pero el TS indica que ese precepto también dice que tal apertura puede ser obviada si los Estados hubieran publicado un anuncio indicando las zonas disponibles en ese Estado para el procedimiento competitivo indicado, cosa que España había hecho publicando el correspondiente anuncio en el DOCE (entonces eran Comunidades, no Unión) de 27 de octubre de 1995, por lo que también se rechaza este argumento impugnador.

En la [STS 28-4-2016](#) ( RJ 2016, 2234 ) (rec. 440/2013) los recurrentes eran los Ayuntamientos de Jaraba y de Ariza (de la provincia de Zaragoza). Los argumentos de impugnación son semejantes a los manejados en la anterior Sentencia por lo que los motivos de desestimación, también. Basta con la remisión a ella.

En el supuesto de la [STS 29-4-2016](#) ( RJ 2016, 4299 ) (rec. 359/2013), la recurrente es una asociación ecologista («Desarrollo Verde»). Una primera cuestión que se debate es la de la legitimación de esta asociación para recurrir. El TS encuentra que no cumple los requisitos que figuran en los [arts. 22 y 23](#) de la [Ley 27/2006, de 18 de julio](#), por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En concreto se estima que no cumple el requisito de haberse constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción [[art. 23.1 b](#)] de la Ley citada], sino que se constituyó, precisamente, tras la aprobación del RD de 2013 contra el que se recurre. Se declara la inadmisibilidad, por tanto, pero el TS, en cuanto a las razones de impugnación, se remite a la fundamentación jurídica de las anteriores sentencias repitiéndola extensamente.

Por fin debemos mencionar la [STS 6-5-2016](#) ( RJ 2016, 2585 ) (rec. 37/2014) en la que los recurrentes son los Ayuntamientos de Alcolea del Pinar, Anguita, Luzaga, Luzón y Saúca, vecinos al lugar de la investigación. Los argumentos de los recurrentes son semejantes a los ya conocidos, pero introducen como un adicional el de que se habría vulnerado la garantía constitucional de la autonomía local y el principio de lealtad institucional porque no se habría respetado el legítimo ejercicio de su competencia por los Ayuntamientos ni se habrían ponderado la totalidad de los intereses públicos implicados indicándose también que los municipios recurrentes no han sido informados ni consultados a lo largo del proceso de elaboración del RD impugnado.

La respuesta del TS es taxativa sobre la falta de base jurídica de ese reproche y la reproducimos por su interés general desde el ámbito del significado de la garantía de la autonomía local, siempre problemático en España. Dice, así, el TS que:

«...no se alega ningún trámite específico previsto en las leyes que haya sido omitido o concretos preceptos de las normas invocadas que hayan sido conculcados, lo que conduce a la desestimación de la queja. En efecto, la invocación genérica de la autonomía local o del principio de lealtad institucional no acredita por sí sola ninguna actuación contraria a derecho por parte de la Administración del Estado si ésta actúa en ejercicio de sus propias competencias y no omite ningún trámite preceptivo en el procedimiento administrativo que regula dicho ejercicio. O, dicho de otra forma, tanto la autonomía local como el principio de lealtad institucional se manifiestan a través de los concretos instrumentos y requisitos previstos en las leyes, y en ningún caso las entidades locales recurrentes han alegado ni acreditado una infracción de esa naturaleza. Debemos, pues, rechazar la queja» (f.j. 4.º).

Finalmente y al margen de ese debate en torno a un permiso concreto, damos noticia de otra Sentencia del TS existente en un aspecto relacionado con la técnica. Se trata de la [STS de 19 de noviembre de 2014](#) (RJ 2014, 6194) (rec. 467/2013) en la que se estima, en relación a una pretensión el Ayuntamiento alavés de Kuartango, recurrida por acuerdo del Consejo de Ministros, que los Municipios no pueden celebrar consultas ciudadanas sobre el uso del *fracking* porque la regulación de la técnica es de competencia estatal. En el f.j. 3.º se indica de forma clara que «El recurso no puede prosperar. En efecto, en contra de lo que defiende el Ayuntamiento



recurrente, el uso de técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos, que es sobre lo que versa la consulta pretendida, ni es competencia municipal ni se trata de un asunto que se circunscriba al ámbito local, requisitos exigidos por el [artículo 71](#) de la Ley de Bases del Régimen Local»<sup>46)</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Lo primero que debe destacarse en este apartado conclusivo, es la riqueza del debate jurídico en España de lo que son suficiente muestra los múltiples elementos normativos y jurisprudenciales que han podido aportarse, bien que en buena parte estén basados en una pugna competencial en la que se debe decidir (tras los correspondientes planteamientos normativos) sobre el último titular de las decisiones sobre la utilización de la técnica de la fracturación hidráulica. Ese debate competencial permite también la aportación de documentos –en algún caso solo de tomas iniciales de partida– sobre una cuestión ciertamente difícil, como es la de los efectos ambientales o de salud que pueden derivarse de la utilización de esta técnica.

Un debate jurídico pero que lo ha sido también político. Es curioso constatar, en esa dirección, el sentido de diversos documentos parlamentarios o vinculados a la formación de Gobierno que en este singular 2016 (se concluye el trabajo a mediados de octubre) han aparecido. Todos ellos en la línea de prohibición del fracking. Así, por ejemplo, el «Acuerdo para un Gobierno reformista y de progreso» que suscriben en febrero de 2016 los partidos políticos Socialista y de Ciudadanos contiene en la parte relativa a la «transición energética y lucha contra el cambio climático» este acuerdo: «Establecer una moratoria durante esta legislatura para las prospecciones con fractura hidráulica (fracking) y restringir las autorizaciones de nuevas exploraciones de gas e hidrocarburos».

Pero este impulso se extiende a la acción parlamentaria y la Comisión de Industria del Congreso de los Diputados aprueba el 29 de marzo de 2016 con solo los votos en contra del Partido Popular y de Foro Asturias, una proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana por la que se insta al Gobierno a prohibir la técnica del fracking y derogar toda la legislación que la hace posible<sup>47)</sup>.

Un debate el realizado en España que como se ha tratado de mostrar en el trabajo, no es ajeno a lo que sucede en otras partes del mundo y también en el plano supranacional, por lo que se han aportado y comentado los principales documentos en el ámbito de la UE. Destaca, por lo reciente de lo mismo, el planteamiento muy radical, en sentido negativo a la utilización de esta técnica, del Parlamento Europeo en una resolución de febrero de 2016 sobre la que es presumible pensar que será seguida de nuevos pronunciamientos del Parlamento, bien que a los mismos, igual que a las resoluciones de la Comisión, continuará faltándoles el elemento básico de la vinculatoriedad, porque las decisiones últimas sobre la utilización de esta técnica (y de los hidrocarburos, en general), corresponden a los Estados y no están cedidos a la UE más que en cuestiones perimetrales al fondo último de la cuestión.

En todo caso es resaltable el amplio número de entidades políticas o Estados que se deciden por la prohibición o, los más, por una moratoria debiendo destacarse el reciente ejemplo de la República Federal de Alemania (julio de 2016) que también introduce una moratoria (aunque en sentido contrario ya hemos indicado cómo Inglaterra se acaba de decidir por el reforzamiento de las prospecciones con esta técnica). Probablemente y desde la perspectiva jurídica es la solución de la moratoria la más adecuada a los distintos intereses y vectores presentes en la cuestión. Como hemos indicado en el trabajo, no pensamos que en el ámbito de los estudios técnicos esté decantada decisivamente la cuestión de los efectos perjudiciales, o no, de la fracturación hidráulica pero lo cierto es que hay importantes manifestaciones y testimonios que ponen de relieve los riesgos de la misma, por lo que conforme al principio de precaución, lo más adecuado sería la introducción de una moratoria temporal hasta tanto la cuestión quedara más clara (se concluyera la evidente incertidumbre hoy existente). La normativa que decidiera sobre ello podría fijar un plazo adecuado para esa moratoria para que no pudiera criticarse que, indirectamente, lo que en realidad se estaba regulando era una prohibición definitiva. Por otra parte y en los tiempos actuales de bajos precios del petróleo y de los hidrocarburos en general, no podría juzgarse que una decisión así podía poner en riesgo un desarrollo económico en el que hoy –a diferencia de lo que ocurría solo hace unos pocos años– no se advierten (en España y pensamos que lo mismo sucede en otros países europeos con la excepción, parece, del Reino Unido) excesivas presiones para la autorización de actividades de investigación, exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales por que la rentabilidad de estas explotaciones, con los actuales precios, no puede sostenerse.

Por otra parte la solución de someter a EIA los proyectos sobre la cuestión, es, cómo no, adecuada, pero la práctica (en España) de las EIA permite deducir fácilmente lo muy raro de que se produzcan evaluaciones negativas. Prácticamente solo hay testimonios de ello, lo que induce a pensar en que existe una permisividad bastante evidente sobre proyectos que sí presentan amenazas ambientales aun cuando el control judicial que se lleva a cabo suele ser muy deferente en relación a la actuación de la autoridad ambiental y, posterior a ella, a la autoridad aprobadora de los proyectos conforme a las condiciones fijadas en la DIA. Aquí hay algo a corregir en la práctica de las evaluaciones para lo que deberían aparecer pronto unas claras y adecuadas guías metodológicas sobre ello. Esto, incluso, está todavía mucho más claro, si cabe, en el ámbito del seguimiento ambiental de los proyectos previamente sometidos a EIA y autorizados<sup>48</sup>).

En todo caso y valorando, como se ha hecho, positivamente la incorporación de la EIA a la fracturación hidráulica, lo que no parece es que la EIA sea elemento adecuado para la evaluación de riesgos que, en general, debería practicarse sobre dichos proyectos (recuérdese lo indicado por la [Recomendación de la UE](#) examinada en II). Debe existir, además, un procedimiento de análisis de riesgos que puede ser tanto anterior como posterior a la EIA y que debe realizarse con metodología propia de la evaluación de riesgos, de lo que es buen ejemplo lo que indica la [Directiva 2013/30/UE](#) antes analizada<sup>49</sup>).

Lo que debe descartarse de plano en cualquier análisis que se realice de la compleja problemática (no solo jurídica) que plantea la fracturación hidráulica es la pura apelación a planteamientos económicos o economicistas como el de la riqueza que podría crearse o los muchos puestos de trabajo que en un país con los niveles de paro que todavía presenta España tras muchos años de crisis económica, podrían generarse<sup>50</sup>). Esta es una forma equivocada de resolver los problemas (o amenazas) que puedan existir para el medio ambiente.

Finalmente no queremos concluir sin llamar la atención de que cualquier problemática que hoy se refiera a la energía (obtención, transporte, consumo) debe ser inserta en el cambio climático y en el marco de los efectos que puedan derivarse del Acuerdo de París de diciembre de 2015. Dicho Acuerdo, cuya trascendencia a nadie se le oculta, va a llevar consigo una necesaria profundización en las energías renovables para que puedan cumplirse sus objetivos lo que determinará una revalorización de ciertas formas de producción de energía y la consiguiente desvalorización de otras, entre las que deberían contarse las más problemáticas desde el punto de vista ambiental. Muchas cosas están cambiando en el ámbito de la energía y hay que ser testigo y observador atento de todo ello. Y postular que el cambio vaya en la dirección adecuada, sobre cuya concreción no hace falta profundizar pues está muy clara<sup>51</sup>).

## VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

BERCOVICH A. y REBOSSIO A. (2015): *Vaca Muerta. El sueño de un boom petrolero argentino. Las historias detrás de los negocios, la corrupción y la amenaza de un desastre ambiental. Una investigación entre Texas y Neuquén*, Espejo de la Argentina y Planeta, Buenos Aires, 476 pp.

BETANCOR RODRIGUEZ A. (2014): «Impacto y accidente. El caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias», RVAP, 99-100, vol. I pp. 599-623.

EMBED IRUJO A. (2015): «Energías renovables, medio ambiente y mercado interior de la energía: Algunas reflexiones en las vísperas del cuarto paquete sobre la Unión de la Energía», en las pp. 133-160 de A. EMBED IRUJO (coord.) *Agua, energía, cambio climático y otros Estudios de Derecho Ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 526 pp.

EMBED TELLO A.E (2010): *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 587 pp.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. D. (2014): «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España». RVAP, 99-100, vol. 2, pp. 1331-1351.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ D. (2015): «Aspectos ambientales de la exploración y explotación de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica», RADA 31, pp. 31-76.

GARCIA URETA A. (2016): «La [Directiva 2014/52](#) de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos», en las pp. 193 y ss. de GARCÍA URETA A. (coord.) *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de*

*proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, Madrid, 224 pp.

JORDANO FRAGA J. (2015): «El *Fracking* en el estrado: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas». RArAP 45-46, pp. 9-34.

LÓPEZ RAMÓN F. (2014): «En la polémica del fracking», RADA 29, pp. 9 y ss.

MOREU CARBONELL E. (2012): «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*Fracking*)», Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. III, núm. 2, pp. 1-43.

OCHOA MONZÓ J. (2015): «El régimen jurídico de la fractura hidráulica o fracking en España», en las pp. 161 y ss. de D. ZEGARRA VALDIVIA (coordinador), *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa. Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo*, Thomson-Reuters, Lima.

ROSA MORENO J. (2016): «Relevancia ambiental del fracking. Reacción normativa europea y estatal», RADA 33, pp. 377 y ss.

SANTAMARIA ARINAS R.J. (2014): «Las claves jurídicas del debate sobre el *fracking*». Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. V, núm. 1, pp. 1-38.

SANTAMARIA ARINAS R.J. (2016): «Evaluando al evaluador: Razones técnicas jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en las pp. 29 y ss. de GARCIA URETA A (coord.). (2016), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, Madrid, 224 pp.

VALENCIA MARTIN G. (2015): «El debate competencial en torno al fracking (técnica de fracturación hidráulica)», en las pp. 175 y ss. de D. ZEGARRA VALDIVIA (coordinador), *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa. Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo*, Thomson-Reuters, Lima.

VALENCIA MARTIN G. (2016): «Bienvenido Mr. Fracking: un pequeño análisis jurisprudencial», RADA 33, pp. 409 y ss.

VISCIDI L. y BAILEY J. (2016): *La explotación del shale y el medio ambiente: Lecciones de política para América Latina*, CAF, 20 pp.

WIKIPEDIA: «Fracturación hidráulica», acceso los días 20-4-2014 y 30-7-2016.

WISEMAN H.J. (2013 a): «Risk and response in Fracturing Policy», University of Colorado Law Review 84, pp. 729-817.

WISEMAN H.J. (2013 b): «Hydraulic Fracturing and Information Forcing», Ohio State Law Journal, 74, pp. 86-97.

---

## FOOTNOTES

---

1

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS: BOCG-CD: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. CCAA: Comunidades Autónomas. CE: [Constitución Española](#) y, en segunda acepción, Comunidad Europea. DIA: Declaración de Impacto Ambiental. DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea. DS-CD: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. EEAA: Estatutos de Autonomía. EIA: Evaluación de Impacto Ambiental. F.J.: Fundamento jurídico. LAC: Latinoamérica y el Caribe. RArAP: Revista Aragonesa de Administración Pública. RD: Real Decreto. RVAP: Revista Vasca de Administración Pública. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. TC: Tribunal Constitucional. TFUE: [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#). TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TS: Tribunal Supremo. UE: Unión Europea.

2

En la historia de esas polémicas hay que reconocer un papel especial al documental Gasland, de 2010, que refería los problemas de contaminación de acuíferos en Estados de USA como Pennsylvania, Wyoming y Colorado y que se atribuían a la utilización del *fracking*. Ese documental fue contestado por la industria del gas y el petróleo siendo seguido por el documental Gasland 2, de 2013, que insistía en los mismos reproches. Muchas referencias

sobre estas polémicas en WIKIPEDIA, voz «Fracturación Hidráulica», con acceso el 30-7-2016, donde se sitúa en 1947 el año de comienzo de la utilización de la técnica tal y como hoy se la conoce. Dentro del ámbito jurídico y en España, pueden verse diversas referencias técnicas en los trabajos de MOREU CARBONELL (2012), FERNÁNDEZ DE GATTA (2014), JORDANO FRAGA (2015) y OCHOA MONZÓ (2015). La relevancia de la utilización de esta técnica en la consecución por los Estados Unidos del papel de exportador de hidrocarburos parece innegable (apoyada, por cierto, en la exención concedida de la aplicación de leyes de protección ambiental generales como la Clean Air Act, la Clean Water Act, la Safe Drinking Water Act, la National Environmental Policy Act y la Resource Conservation and Recovery Act), si bien la bajada en los precios del petróleo que es característica de los últimos años parece poner en entredicho la continuidad de muchas explotaciones y, desde luego, no es favorable al inicio de otras nuevas, dado que los gastos de la explotación son mucho mayores en comparación con los métodos más «clásicos» de extracción de hidrocarburos.

---

3

Vid. informaciones sobre estos ligeros terremotos en distintos medios del 4 de abril de 2014, basadas en un informe proveniente del Departamento de Recursos Naturales del Estado de Ohio (en los Estados Unidos de América).

---

4

Lo que se recoge en el texto es reproducción de la WIKIPEDIA, acceso 30-7-2016. (En un acceso anterior realizado el 20-4-2016, la voz recogía una definición de la técnica ligeramente distinta). El párrafo citado en el texto continúa diciendo que «una composición típica de un fluido de fracturación suele ser aproximadamente entre un 95 y un 98% de agua (no necesariamente potable), que incorpora hasta un 5% de arena de sostenimiento y menos de un 1% de productos químicos, tales como bactericidas, reductores de fricción, espesantes. Todos son compuestos que se utilizan en otras ramas de la industria tales como: farmacia, cosmética, industria alimentaria, etc.».

---

5

En la numerosísima literatura norteamericana sobre el tema hay distintos autores que advierten sobre los peligros del *fracking*. Vid, singularmente, los trabajos de WISEMAN (2013 a) y b), probablemente la autora de referencia en esta cuestión. Vid. también un muy interesante estudio de VISCIDI y BAILEY (2016) en el que sus autores narran diversas experiencias del modelo regulatorio norteamericano y se lleva a cabo una consideración de los lugares de LAC donde sería aplicable la técnica del *fracking*, recomendándose, finalmente, los elementos regulatorios que se deberían aplicar, todo ello basándose en la experiencia norteamericana. Es reciente la aparición de un importante libro (BERCOVICH y REBOSSIO, 2015) sobre los distintos problemas (ambientales, políticos, económicos y sociales) que conlleva la explotación por esta técnica del yacimiento Vaca Muerta (que fue titularidad de Repsol hasta su expropiación por el Gobierno argentino) y otros.

---

6

Es el caso del Reino Unido, que adoptó una moratoria que fue levantada en 2012, aunque luego se ha orientado por una política intensiva de utilización de esta técnica, de lo que es buena muestra el impulso que le da el gobierno de la nueva primera ministra, Theresa May (revocando una decisión prohibitoria del condado de Lancashire y dando el visto bueno a una compañía privada para iniciar prospecciones en 2017). Holanda continúa reiterando en diciembre de 2014 (según la información de que se dispone) la moratoria (que equivale a prohibición temporal) de esta técnica. Irlanda del Norte adoptó en 2011 una moratoria sobre el *fracking* que sigue vigente actualmente. También han existido moratorias en India, Canadá y Sudáfrica. La República Federal de Alemania acaba de adoptar normativamente una moratoria según diversas informaciones aparecidas en los medios de comunicación del 30 de julio de 2016.

---

7

Dentro de los Estados Unidos de América, los Estados de Búfalo, Nueva York y Vermont prohíben esta técnica (también se han adoptado prohibiciones en algunos condados, o celebrado referéndums en algunos municipios con resultados prohibitivos, si bien creemos que ello es indiferente desde el punto de vista jurídico). En Europa la prohíben Bulgaria (en 2012) y Francia (en 2011). Sobre la situación francesa y la decisión del Consejo Constitucional francés confirmatoria de la constitucionalidad de la Ley prohibitoria, vid. VALENCIA MARTÍN (2016, pp. 440 y ss.).

---

8

Por ejemplo y dentro de los Estados Unidos, Colorado y Texas han regulado a favor de que la información sobre la composición de los fluidos utilizados sea pública, lo que contradice las pretensiones de algunas empresas interesadas que aducen el secreto industrial para negarse a tal publicidad. Sobre los problemas que plantea el secreto industrial y su relación con la evaluación de impacto ambiental vid. entre nosotros ROSA MORENO (2016, pp. 385 y ss.). La información a la que se refieren ésta y otras notas anteriores está extraída de la WIKIPEDIA, con acceso el 30 de julio de 2016.

---

9

Es la situación española sobre la que se centra el estudio.

---

10

En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE [Bruselas, 22.1.2014, COM (2014) 23 final] se dice expresivamente que: «Corresponde a los

Estados miembros decidir su combinación energética, teniendo, eso sí, debidamente en cuenta la necesidad de preservar y mejorar la calidad del medio ambiente. Son, pues, los Estados miembros los que deben decidir si quieren proceder a la exploración y producción de gas natural a partir de formaciones de esquisto u otros recursos de hidrocarburos no convencionales. No obstante, los que así lo decidan tendrán que asegurarse antes de que existan las condiciones adecuadas. Entre esas condiciones, y para contribuir a aplacar la inquietud pública, tendrán que adoptar medidas para prevenir, gestionar y reducir los riesgos asociados a tales actividades». Obsérvese cómo el punto de partida europeo indica, sin género de dudas, el valor del título medioambiental para enfocar estas cuestiones, título que en la jurisprudencia constitucional española ha sido preterido frente al de régimen energético.

---

11

La consulta a estos documentos citados es el menor consejo que puede darse para conocer su contenido. No obstante hay también informaciones sobre algunos de ellos en distintos trabajos doctrinales. Vid., por ejemplo, a FERNÁNDEZ DE GATTA (2014) que hace un seguimiento muy pormenorizado de los documentos del Parlamento y de la Comisión sobre el tema aparecidos hasta la fecha de su trabajo.

---

12

FERNÁNDEZ DE GATTA estima que la primera vez que en documentos europeos se hace referencia al gas no convencional es en la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2010, sobre una nueva estrategia energética para Europa 2011-2020 que sigue a un documento de la Comisión Europea de mayo del mismo año. En todo caso los pronunciamientos de los diversos documentos europeos pueden seguirse en el expositivo de la [Recomendación de la Comisión de 22 de enero de 2014](#) que luego se comenta en el texto.

---

13

El papel de los dos principios es sustancialmente distinto. En todo caso la funcionalidad del principio de precaución parece fundamental en este sentido. Sobre el mismo EMBID TELLO (2010) con amplias referencias a la profusa bibliografía sobre el tema y en su relación particular con la problemática tratada en este trabajo, VALENCIA MARTIN (2016, pp. 448 y ss). Volvemos posteriormente sobre esta capital cuestión.

---

14

No se acaba con esto la referencia a la intervención del Parlamento Europeo. Debe ser conocido que su Comisión de Peticiones ha recibido centenares de solicitudes de información sobre distintos proyectos de explotación, con esta técnica, en diversos Estados miembros. Remitimos, sin más, a los documentos propios de esta Comisión parlamentaria para que se pueda advertir la gran preocupación que estas peticiones muestran sobre el tema tratado. La publicación oficial suele mostrar también las respuestas que se han producido de la Comisión cuando se le ha transmitido la petición.

---

15

La [Recomendación](#) acompaña a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE [Bruselas, 22.1.2014, COM (2014) 23 final. Son documentos paralelos, lo único que sucede es que la [Recomendación](#) se publica en el DOUE unos días más tarde que la fecha que se da a la Comunicación. En general sobre el contenido de la [Recomendación](#) es muy útil ROSA MORENO (2016, pp. 389 y ss.).

---

16

La Recomendación que se cita es un documento utilísimo sobre esas consideraciones que luego en el texto se llaman «perimetrales» pues en su expositivo se relacionan todas las Directivas que pueden tener alguna relación con la técnica aunque, obviamente, no se refieran ni expresa ni implícitamente a la misma.

---

17

Para la que, curiosamente y siguiendo el ejemplo de las Directivas, se fija una fecha para que los Estados actúen. Se reproduce su contenido: «Se invita a los Estados miembros que hayan decidido explorar o explotar hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen a aplicar los principios mínimos establecidos en la presente [Recomendación](#) el 28 de julio de 2014 como máximo, y a informa a la Comisión cada año, y por primera vez en diciembre de 2014 como muy tarde, de las medidas adoptadas en respuesta a la presente [Recomendación](#)» ([punto 16](#) de la Recomendación).

---

18

En el apartado IV podremos apreciar cómo se han incorporado estas referencias cuantitativas a la [Ley 8/2015](#) española.

---

19

Llama la atención esa referencia a la eficacia, que contrasta con lo habitual en los documentos europeos (concordantes con lo que dice el derecho originario) de una utilización «racional» de los recursos naturales y, por tanto, del agua.

---

20

Como se podrá advertir fácilmente, estas medidas de precaución se corresponden con los riesgos generales que se advirtió al comienzo de este trabajo que conlleva la técnica de la fracturación hidráulica y que justifica la intervención de los legisladores y de los gobiernos.

---

21

En España se conoce, estudia y cita, la [Recomendación](#) resumida en el texto. Aparecen referencias a la misma en la primera [STC sobre la cuestión, 106/2014](#) (RTC 2014, 106), que anula la Ley cántabra que luego se cita. Igualmente hay referencias en la jurisprudencia ordinaria que se examina más adelante. Quizá el mejor reconocimiento de un aspecto de esta [Recomendación](#) se produce en la [Ley 8/2015](#) (que se estudia en el apartado IV) y en la que se recoge el concepto de «fracturación hidráulica de alto volumen» como luego podrá observarse. Es obvio, por otra parte, que la [Recomendación](#) no tiene un carácter vinculante como ya se ha indicado; sobre ello y con cita de bibliografía sobre derecho europeo vid. ROSA MORENO (2016, p. 391 especialmente).

---

22

El tema merece, por su importancia, mayores consideraciones pero no son propias de este lugar. Sobre el tema remitimos a GARCÍA URETA (2016, pp. 214 y ss.).

---

23

Pueden verse mayores consideraciones en BETANCORT RODRIGUEZ (2014, pp. 618 y ss.).

---

24

No creemos que España pueda considerarse uno de los países que no estaría obligado a llevar a cabo esa transposición según lo previsto en el [art. 41.3 y 5](#) de la misma Directiva, prescripción pensada para los Estados miembros «que no tengan operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro bajo su jurisdicción y que no tengan previsto conceder licencias para dichas operaciones» (ap. 3) o que sean un Estado que no tenga a fecha 28 de julio de 2013 ninguna empresa que efectúe operaciones con arreglo a lo dispuesto en el [artículo 20](#). La existencia de las operaciones (ya concluidas) de búsqueda de hidrocarburos en las Islas Canarias (entre otras cosas) desmentiría la aplicación de esta prescripción exoneratoria de la transposición contra la que, por cierto, protesta agriamente la misma Comisión según informa la [«Declaración de la Comisión»](#) que se anexiona, en último lugar, a la citada Directiva y que constituye un supuesto muy peculiar en la historia de las relaciones Comisión con Consejo y Parlamento y que hay que reseñar aquí necesariamente.

---

25

Vid. la resolución del TC de 6 de octubre de 2016 (BOE de 8 de octubre de 2016) que levanta la suspensión de algunos de los artículos de la [Ley vasca](#) (vid. luego las referencias) recurridos por el Gobierno de la Nación. En concreto se levanta la suspensión de un inciso del [art. 2](#), de los [arts. 3](#), [5](#) y [6](#) (también en este caso de un inciso).

---

26

El [art. 1](#) de la Ley vasca que trata sobre el objeto de la Ley dice que éste es «establecer medidas adicionales de protección medioambiental para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos». No obstante y como luego se verá, el TC y desde la [STC 106/2014](#) (RTC 2014, 106) relativa a la ley cántabra se ha planteado –negándolo– si el [art. 149.1.23CE](#) podría justificar la emanación de estas leyes.

---

27

Que se define en el [art. 2.2](#) como «aquella técnica de extracción de hidrocarburos consistente en fracturar hidráulicamente un estrato rocoso, introduciendo, a gran presión, un fluido de fractura de baja fricción al que se añaden una serie de agentes químicos».

---

28

También mencionará el TC la competencia del Estado sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» ([art. 149.1.13CE](#)), si bien esta mención tiene menos trascendencia en el discurso general del TC y más bien cita ese precepto para fundamentar la competencia del Estado al dictar las [Leyes 17](#) y [21/2013](#) que luego se comentan en IV. Sobre el debate competencial vid. específicamente VALENCIA MARTÍN (2015 y 2016, aun cuando por lógica cronológica limita su comentario a las SsTC aparecidas en 2014).

---

29

Las [Leyes estatales 17](#) y [21/2013](#) son posteriores a las leyes autonómicas recurridas pero eso no es un óbice para la inconstitucionalidad sobrevinida de las normas autonómicas conforme a jurisprudencia del TC que se cita específicamente en las sentencias correspondientes.

30

Existe un voto particular a la [STC 106/2014](#) (RTC 2014, 106) (y se repite en las siguientes) que suscriben tres Magistrados que reprocha al TC su método de razonamiento, que juzga escaso y no basado en la ponderación de títulos, pero que no cuestiona en el caso de la competencia de medio ambiente que la misma pueda servir para prohibir la fracturación hidráulica, aunque se muestra más dubitativo en el caso de la competencia sobre salud que debería haber merecido, para los suscribientes del voto particular, más atención por parte del TC dado el significado específico de la salud.

31

La [STC 73/2016](#) (RTC 2016, 73) reproduce la doctrina del propio TC acerca de cuándo y cómo la norma autonómica puede reproducir normas estatales lo que sucederá «cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo» concluyendo en que «en el presente caso, es evidente que el [art. 47.10](#) del Decreto Legislativo 1/2010 no es una reproducción o reiteración fiel de las bases que pretenda facilitar la comprensión de un desarrollo autonómico por lo que vulnera las competencias constitucionales del Estado aún interpretado en el sentido propuesto por los Letrados autonómicos».

32

Existen dos votos particulares a esta Sentencia. El primero lo suscriben dos Magistrados y lo hacen brevemente, recordando sus votos particulares anteriores. El segundo lo suscribe el tercero de los Magistrados que, en unión de los anteriores, formuló voto particular a la [STC 106/2014](#) (RTC 2014, 106) que antes se recogió en nota. Este último voto particular discrepa en el fondo de la Sentencia (no como sucedía anteriormente en que se aceptaba el fallo pero no el razonamiento que conducía a él), y esa discrepancia se basa en que la normativa catalana no es de mera prohibición sino que exige una valoración de las circunstancias, suficiente para el Magistrado discrepante para basar la plena constitucionalidad de la norma autonómica.

33

Cfr. en general EMBID TELLO (2010).

34

Tal y como reconoció tempranamente el Tribunal de Primera Instancia (UE) en su [Sentencia Artegoda, de 26 de noviembre de 2002](#) Artegoda (TJCE 2002, 351), párr. 184.

35

La jurisprudencia comunitaria habla de «autoridades públicas competentes» en un sentido abierto, es decir, cualquiera que tenga alguna competencia que permita gestionar un «riesgo inaceptable» ([STJCE National Farmers Union, de 5 de mayo de 1998](#) National Farmers Union (TJCE 1998, 79), p. I-2211).

36

Así lo establece la [COM \(2000\), 1 final, de 2 de febrero de 2000](#), sobre el recurso al principio de precaución. En particular, parr. 5.2. La Comisión Europea reconoce expresamente que la técnica de la prohibición total puede ser en algunos casos la única respuesta posible ante un riesgo dado. [COM \(2000\), 1 final](#), resumen inicial.

37

Tales principios serían la proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de los beneficios y costes de la acción y de la inacción, revisión de las medidas a la luz de nuevos conocimientos científicos y que dichas medidas sean capaces de designar a quién STS de 4 de marzo de 2009 ones (tarialidad, que ha de gobernar las decisiones parriesgadaiembre de 2002, p. 184. oto particula incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. [COM \(2000\), 1 final](#), punto 6.3.

38

Ver asuntos *Königreich/Comisión*, de 17 de julio de 1997, [Affish/Comisión, de 1997](#) Affish/Comisión (TJCE 1997, 158) o *Infrisa/Comisión*, de 1998. La Comisión Europea también apoya esta jurisprudencia en su Comunicación sobre el recurso al principio de precaución. [COM 2000, 1, final](#), punto 6.3.4.

39

 [STS de 4 de marzo de 2009](#) (RJ 2009, 1264), FJ 3.º.

---

40

En el segundo voto particular a la  [STC 53/2016, de 17 de marzo de 2016](#) ( RTC 2016, 53 ) (conflicto n.º 2900-2011).

---

41

También sobre el principio de precaución vid. VALENCIA MARTIN (2016, pp. 448 y ss.) que duda que el principio pudiera fundamentar un remedio activo contra la legislación autorizatoria del fracking pues lo configura de una forma exclusivamente «defensiva».

---

42

Obsérvese la fecha de la Ley, 29 de octubre de 2013, posterior a las tres primeras leyes autonómicas. No es inadecuado pensar que el Estado actúa cuando observa los proyectos legales autonómicos y su orientación.

---

43

Así, se someten a EIA «los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica».


---

44

Vid. ahora SANTAMARIA ARINAS (2016, pp. 45 y ss) insistiendo en la falta de claridad en cuanto a la metodología a aplicar a la evaluación. Igualmente ROSA MORENO (2016, pp. 380 y ss.) insiste en la limitación de la actual regulación de la EIA señalando, entre otras cosas, que los permisos de investigación de hidrocarburos no están sometidos a ella.

---

45

Por cierto que cuando se está concluyendo la elaboración de este trabajo, los medios de comunicación recogen la noticia de que el Gobierno británico sugiere pagar a los hogares afectados por el *fracking*. Parece que la nueva primera ministra, Theresa May, ha propuesto, y el asunto se halla ahora a discusión, pagar a los ciudadanos afectados una proporción de los beneficios obtenidos con los impuestos sobre el fracking lo que, dice la información leída (vid. El Economista, acceso el 7 de agosto de 2016) contrasta con el propósito del anterior Gobierno inglés de entregar esas cantidades a las autoridades locales de las zonas afectadas. La información indica que «cada familia podría recibir entre 5.000 y 20.000 libras». La información no aclara la forma de seleccionar a las familias y tampoco la necesidad, o no, de que demostraran un perjuicio. En todo caso y tal y como se dice en el texto, estas previsiones de compensación económica (tal y como también hace pero para las CCAA y las entidades locales la  [Ley 8/2015](#)) incrementan la sensación de los riesgos, evidentes, asociados a esta técnica pues en caso contrario serían difícilmente entendibles –o justificables desde otra perspectiva– estas previsiones de ayudas o compensaciones económicas.

---

46

Vid, también sobre esta sentencia el comentario de VALENCIA MARTIN (2016, pp. 439 y ss.).


---

47

No nos extendemos más sobre esta cuestión de la más corta legislatura –hasta ahora– del período democrático y remitimos, sin más, al BOCG-CD, núm. 34, de 15 de marzo de 2016 y al DS-CD (Comisiones) núm. 30 de 29 de marzo de 2016. Diversos medios de comunicación informan en esas fechas de la iniciativa parlamentaria y su resultado. Puede presuponerse que en esta nueva legislatura volvería a aprobarse un texto semejante dada la distribución parlamentaria existente. Y si la legislatura llega, realmente, a iniciarse materialmente, que esa mayoría parlamentaria podría derogar la legislación estatal que se ha examinado en este trabajo.

---

48

Vid. otra vez el trabajo de SANTAMARIA ARINAS (2016) antes cit. que realiza un breve apunte (p. 59) sobre la extensión de la EIA a la técnica de la fracturación hidráulica, que pone en relación con los defectos que aprecia en la práctica de la EIA. Está por ver cuáles son las novedades que se aportan al Derecho español cuando se transponga la  [Directiva 2014/52/UE](#) y si las mismas atienden a los defectos reseñados. Sobre la misma vid. GARCÍA URETA (2016).

---

49

Cfr. sobre el particular y relativo al caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias la opinión de BETANCOR RODRIGUEZ (2014, pp. 621-622) concordante con cuanto se indica aquí.



Es el argumento final, que criticamos sin paliativos, de JORDANO FRAGA (2015, p. 31).

---

En este ámbito de reflexiones finales creemos que hay que tener en cuenta también el significado del abandono de la energía nuclear de país tan significado como Alemania y que hará que ella desaparezca a partir del año 2023, para lo que ya se están dando los pasos adecuados con la desconexión progresiva (conforme a la programación realizada) de las centrales existentes. La evolución previsible del régimen energético en el ámbito de la UE es estudiada, desde el punto de vista jurídico, últimamente por EMBID IRUJO (2015) destacando el papel que les corresponde a las energías renovables.

---

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2015-66045-P otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad y en las actividades desarrolladas dentro del Instituto Universitario de Ciencias Ambientales de la Universidad de Zaragoza. Igualmente debe entenderse comprendido dentro de las actividades a que se dedica el Grupo Consolidado de Investigación AGUDEMA, financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER 2015-70833-P otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad.