

«El agua, sin gas, por favor»: la controversia jurídica en torno al «fracking» en España

Juan Manuel Ayllón Díaz-González

Resumen: El artículo expone el régimen jurídico del «fracking» en España, partiendo de la normativa comunitaria reguladora de esta actividad extractiva. Se analiza la controversia surgida en España derivada de la oposición de varias Comunidades Autónomas a que el «fracking» se practique en sus territorios, lo que les ha conducido a emanar normas «anti-fracking» que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: «Fracking»; fractura hidráulica; Derecho Ambiental; Derecho Energético; Derecho Minero; Derecho Comunitario; Derecho Autonómico; Tribunal Constitucional.

Códigos JEL: Q01; K32.

1. ¿En qué consiste el «fracking»?

El «fracking» o «fracturación hidráulica» es una técnica utilizada para la extracción de gas natural procedente de yacimientos de «hidrocarburos no convencionales». Los hidrocarburos no convencionales son aquellos hidrocarburos que se encuentran en rocas de baja permeabilidad, a una gran profundidad, para los que no es posible el empleo de las habituales tecnologías extractivas. Dado que suele tratarse de formaciones geológicas de esquitos, se le viene denominando como «gas de esquistos». La técnica se basa en la construcción de conductos subterráneos de gran profundidad –de más de dos kilómetros-, en primer lugar, verticales, hasta llegar a la roca y, a partir de ahí, horizontales, a lo largo de la estructura geológica. Una vez hecho esto, se inyecta, a través de los conductos, un compuesto líquido de agua, aditivos químicos y arena a altísima presión para fracturar la estructura geológica en la que el gas natural está atrapado. El gas de esquisto es, de esta forma, liberado y reconducido a la superficie a través de estos conductos, donde es almacenado y preparado para que pueda ser objeto de aprovechamiento energético.

Aunque la fracturación hidráulica no es una tecnología nueva, es en la actualidad cuando su empleo está alcanzando cotas importantes. Ello se debe a que está siendo usada masivamente por EE.UU., representando en 2014 el 60% de su producción de gas natural (Apple, 2014). Este alza responde a varios motivos: la mayor eficiencia en su uso, el declive de las reservas de hidrocarburos convencionales, acompañado de la elevación de los precios de estos hidrocarburos. Cuanto más caro es el barril de petróleo, más rentable resulta experimentar con técnicas, en principio, más costosas (Levant, 2013).

Hasta la fecha, es escaso el número de Estados que cuentan con explotaciones comerciales; principalmente, EE.UU., Canadá, México y China. No obstante, otros muchos Estados han puesto en marcha plantas de experimentación o están considerando su uso.

El «fracking» es, sin embargo, una técnica controvertida desde el punto de vista ambiental que cuenta con una gran oposición social y ciudadana. Innumerables informes científicos ponen de manifiesto sus peligros, destacando como mayores impactos los siguientes (Holloway y Rudd, 2013):

- El riesgo de que los acuíferos subterráneos sean contaminados, ya sea por los aditivos químicos que contienen la mezcla que se inyecta a través de las conducciones, ya sea por el gas natural y otros compuestos procedentes de la estructura geológica.
- La gran cantidad de recursos hídricos que se requieren.
- El riesgo de contaminación del aire debido a las fugas de sustancias contaminantes contenidas en el gas natural liberado o en los gases existentes en el subsuelo, o de malas prácticas. Es lo que se conoce como las emisiones fugitivas de metano.
- El riesgo de propiciar sismicidad inducida y microseísmos.
- La gran extensión de las explotaciones, lo cual implica una ocupación de amplias zonas del espacio que quedan inservibles para otros usos o pierden su valor ambiental.

- Los impactos derivados de la propia actividad minera: contaminación acústica, polvos en suspensión, contaminación visual y paisajística, construcción de infraestructuras en zonas naturales, etc.

Junto al daño ambiental, también se critica que la viabilidad económica de las explotaciones es bastante incierta, tanto por el alcance de las reservas –que no se conoce a ciencia cierta–, como por la rentabilidad de las operaciones, dados los elevados costos de la misma (Robles, 2014).

2. La posición de la Unión Europea en referencia al «fracking»

Lo primero que debe manifestarse es que no existen a día de hoy explotaciones de hidrocarburos no convencionales a escala comercial en la Unión Europea (UE). Debido a las incertidumbres referentes al uso de esta técnica, el «fracking» no es una cuestión pacífica entre los diferentes Estados comunitarios. Varios de ellos se muestran contrarios al mismo hasta que se despejan las incógnitas referentes a su inocuidad y rentabilidad, en aplicación del principio ambiental de cautela. Es el caso, hasta el momento, de Francia, Alemania, Bulgaria, la República Checa y Luxemburgo (Martín-Sola, 2013). Francia cuenta, de hecho, desde 2011 con una Ley prohibiendo expresamente el «fracking».

Otros Estados comunitarios, en cambio, se muestran favorables a esta técnica y han concedido autorizaciones de exploración o investigación, de cara a una futura explotación. Es el caso de Reino Unido, Portugal, Polonia, Rumanía, Estonia, Dinamarca, Hungría, Suecia, Países Bajos y, como más adelante veremos, España.



El posicionamiento de la UE parte del derecho soberano de cada Estado a decidir sobre sus fuentes de abastecimiento energético ex art. 194.2 del Tratado

de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto impide a las instituciones comunitarias prohibir el aprovechamiento de un recurso energético mientras haya Estados comunitarios que lo utilicen o piensen utilizarlo. Esto no es óbice, sin embargo, para que la UE tome decisiones sobre los recursos energéticos o los regule, sobre todo, para ver en qué medida una determinada fuente energética encaja en la política energética comunitaria, que viene marcada, en esencia, por dos máximas: el fomento del autoabastecimiento, para disminuir la dependencia energética exterior, y el ahorro, la eficiencia energética y el impulso a las energías renovables, para hacer posible en un futuro una Europa «descarbonizada».

Con estos parámetros en mente, la UE viene actuando en relación con el «fracking» desde que esta técnica empezó a cobrar relevancia en el mundo hace unos años, solicitando informes de expertos en la materia, a través de resoluciones que fijan la posición al respecto del Parlamento Europeo o mediante declaraciones diversas de carácter institucional.

Así, desde un plano institucional y político, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE» (COM (2014) 23 final), de 22 de enero de 2014, la Comisión Europea admite que la producción de gas natural procedente de hidrocarburos no convencionales podría aliviar la dependencia energética exterior en el futuro. La Comisión está pensando, sobre todo, en las exportaciones de gas natural procedentes de Rusia, cuya reducción tiene un sentido estratégico y geopolítico. No obstante, paralelamente, la Comisión también reconoce en la propia Comunicación que existe una gran incertidumbre sobre si estas extracciones serán, a la postre, rentables y que, aún si se cumplen los mejores pronósticos, la UE no alcanzaría la autosuficiencia en materia de gas natural –con lo que seguiría dependiendo del exterior– y que, además, en la mejor de las hipótesis, los recursos no convencionales supondrían, a lo sumo, el 3% del suministro energético total de aquí al 2030. Por tanto, en definitiva, en el marco de la política energética comunitaria, la Comisión se muestra bastante escéptica respecto al hecho de que el «fracking» pueda representar en un futuro un papel relevante como fuente energética.

Desde el punto de vista jurídico, el documento comunitario más relevante, hasta la fecha, lo constituye la Recomendación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014 relativa a «unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquistos) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen». Esta Recomendación, que no tiene carácter vinculante, va dirigida a los Estados Miembros que tienen en mente poner en marcha actuaciones mineras relacionadas con el «fracking». Les proporciona una serie de directrices al objeto de garantizar la seguridad de las explotaciones y minimizar los impactos ambientales que se pudieran derivar de las mismas. Destaco de la Recomendación las siguientes directrices:

- La necesidad de que, tanto los planes y programas en materia de «fracking» como los proyectos individuales de exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales mediante «fracking» se sometan a trámites previos de evaluación ambiental supervisados por la Administración.
- La necesidad de que antes de llevarse a cabo la actuación, se caracterice suficientemente el emplazamiento donde ésta va a tener lugar, para garantizar que no se van a contaminar los acuíferos existentes, que no van a quedar afectados espacios naturales protegidos y que no se van a producir daños a la población.
- La necesidad de que la instalación funcione con arreglo a las mejores técnicas disponibles a emanar por la propia Comisión Europea.
- La necesidad de minimizar el consumo de agua en las labores de fractura, la contaminación atmosférica en el entorno de los pozos y los riesgos de sismicidad inducida.
- La necesidad de reducir al máximo los contaminantes químicos que componen el flujo de fracturación y de informar debidamente al público sobre las sustancias químicas que están siendo empleadas.
- La necesidad de gestionar propiamente los residuos de todo tipo derivados de las labores de fracturación y de garantizar una adecuada clausura y desmantelamiento de las instalaciones una vez que se ponga fin a las actuaciones.
- La necesidad de exigirle a los operadores una garantía financiera que cubra los daños

ambientales para hacer efectivo el principio de responsabilidad ambiental.

- La necesidad de hacer plenamente efectivos los derechos de participación y de información ambiental en todo cuanto concierne a las actividades relacionadas con el «fracking».

Hasta la fecha, la UE no ha emanado ninguna normativa de carácter vinculante referente al «fracking». Ni siquiera la irrupción de estas actividades en el contexto comunitario ha dado lugar a modificaciones en el Derecho Derivado, pese a que son varios los informes y documentos que indican que sería conveniente reformar diversas directivas y reglamentos comunitarios para dar adecuada cobertura a esta técnica y garantizar la minimización de los impactos. La Recomendación comentada, no obstante, confía en que sea cada uno de los Estados Miembros donde se van a desarrollar actuaciones de fracturación hidráulica los que adapten su normativa a los parámetros que la misma indica, fijando para ello un plazo que terminó el 28 de julio de 2014 (punto 16.1 de la Recomendación). En la actualidad, una vez transcurrido dicho plazo, la Comisión se encuentra analizando si la Recomendación ha resultado efectiva. A tenor de la Recomendación, en agosto de 2015, la Comisión habrá de decidir si resulta necesario presentar «propuestas legislativas con disposiciones jurídicamente vinculantes» (punto 16.5). Es muy probable, por tanto, que si los proyectos de «fracking» siguen su curso en los Estados Miembros, la Unión Europea termine aprobando una directiva sobre la materia.

3. El régimen jurídico del «fracking» en España

Sabido es que España no posee, hasta la fecha, reservas importantes de hidrocarburos convencionales. Sin embargo, se estima que las reservas de gas de esquistos podrían ser significativas. El deseo de explotar en un futuro estos yacimientos ha hecho que España sea en la actualidad uno de los países europeos donde más prospecciones se estén llevando a cabo. No obstante, a día de hoy, no existe ninguna explotación comercial de «fracking». Y, de hecho, se desconoce si las expectativas despertadas se materializarán en el descubrimiento de yacimientos explotables y rentables.

La situación institucional de la fractura hidráulica en España no es, sin embargo, pacífica. Por un lado, la Administración Central avala e incluso impulsa la técnica, dentro de una estrategia global en pos de alcanzar mayores cotas de autoabastecimiento

energético, donde también se inscribe, por ejemplo, el polémico impulso de las prospecciones petrolíferas en el mar. Pero, paralelamente, la contestación social contra el «fracking» es tan manifiesta, que son muchas las instituciones públicas que se oponen a que se practique la misma en sus territorios. Me estoy refiriendo a ayuntamientos, diputaciones provinciales y comunidades autónomas, muchos de ellos de lugares precisamente donde mayor probabilidad hay de encontrar yacimientos explotables.

El plano jurídico es reflejo claro de esta controversia. Fue la Comunidad Autónoma de Cantabria la que destapó la caja de los truenos aprobando la Ley 1/2013, de 15 de abril, que prohíbe la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional en su territorio. A ella le siguió, unos meses después, la interdicción establecida por la Comunidad Autónoma de La Rioja, con la aprobación de la Ley 7/2013, de 21 de junio, en términos parecidos; y la Comunidad Foral Navarra (Ley foral 30/2013, de 15 de octubre), «mientras sigan existiendo las dudas e incógnitas que existen en la actualidad», como dice literalmente su exposición de motivos. Las tres leyes se sustentaron en el principio de cautela, principio ambiental ampliamente reconocido por el acervo comunitario.

La respuesta del Estado no se hizo esperar, y, ante las incertidumbres sobre la legalidad del «fracking» en nuestro país y con objeto de evitar nuevas normas autonómicas prohibitivas, en octubre de 2013 se aprovechó la aprobación de una ley que nada tenía que ver con el asunto, -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-, para introducir en la Disposición final 2ª -de tapadillo- una modificación en el artículo 9 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, del siguiente tenor:

«5. En el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos 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 objeto de la misma, fue, por tanto, incluir expresamente la fractura hidráulica entre las técnicas

que los titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos podrán usar para su extracción. La Exposición de Motivos de la Ley 17/2013 pone explícitamente de manifiesto que el propósito de la modificación es «clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español».

En la medida en que el «fracking» se concibe como una técnica extractiva más para la explotación de hidrocarburos (Blanque y Soriano, 2013), la normativa que le resulta, por ello, aplicable, es la prevista con carácter genérico para estos recursos mineros, que, como se sabe, están expresamente excluidos de la normativa minera general (art. 1.2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas), y cuentan con una regulación específica. Esta regulación se contiene, en esencia, en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), ley de carácter básico emanada por el Estado en uso de las competencias que le otorga el art. 149.1.13º y 25º de la Constitución Española (Disp. Final 1ª 1 LSH).

Esto significa que los yacimientos de hidrocarburos no convencionales son recursos mineros que forman parte del dominio público estatal (art. 2 LSH), como cualesquiera otros. Por ello, las actividades de exploración, investigación y explotación de los yacimientos son usos demaniales controlados por la Administración. Concretamente, para realizar actividades mineras de prospección que implique la realización de perforaciones no profundas, se precisará una autorización de exploración (art. 9 LSH). Para labores de prospección más profundas, se precisará un permiso de investigación (art. 15 LSH). Dado que las rocas que albergan hidrocarburos no convencionales suelen estar a bastante profundidad, lo lógico es que se solicite directamente un permiso de investigación sin pasar por la previa autorización de exploración, que no permite, como se ha expuesto anteriormente, perforaciones profundas.

Las competencias para el otorgamiento, tanto de la autorización de exploración como del permiso de investigación, son compartidas entre el Estado y las CC.AA. con arreglo a criterios territoriales. Si el territorio para el que se solicita está dentro de una sola Comunidad Autónoma, será esta la competente para tramitarlo, otorgarlo o, en su caso, denegarlo. Si, por el contrario, el territorio a explorar o investigar está a caballo entre dos o más Comunidades Autónomas, o bien abarca o afecta al lecho marino, entonces la competencia es estatal, concretamente del Gobierno, mediante Real Decreto (art. 3.2 LHS).

Por último, la explotación de yacimientos de hidrocarburos es, consecuentemente, un uso privativo de un bien demanial y requiere, por tanto, estar en posesión de una concesión de explotación. En el momento en el que el titular de un permiso de investigación descubra en su área, durante la vigencia del mismo, yacimientos de hidrocarburos susceptibles de ser explotados -además de comunicarlo de inmediato a la Administración (art. 22.3 LSH)- se encontrará en disposición de poder explotar el yacimiento, para lo cual habrá de solicitar la correspondiente concesión. Una vez otorgada, la concesión da derecho a la explotación en exclusiva de cuantos yacimientos de hidrocarburos se localicen en el área concernida -medido en cuadrículas mineras- tanto si se trata de hidrocarburos no convencionales como convencionales.

La competencia para el otorgamiento de las concesiones es exclusiva del Estado (art. 3.2 LSH), mediante Real Decreto del Consejo de Ministros; si bien, con informe previo de la Comunidad Autónoma donde la explotación va a tener lugar (art. 25.2 LSH). Dicho informe autonómico no es, sin embargo, vinculante. Este es un aspecto que entiendo que debería modificarse para que las CC.AA. afectadas se sintieran partícipes del proceso y se respetara su postura sobre actividades que van a afectar a sus territorios.

Con base en esta normativa, se vienen concediendo desde hace algunos años, y con anterioridad a la propia reforma de octubre de 2013, autorizaciones de exploración y permisos de investigación que se sabe se practican sobre yacimientos de hidrocarburos no convencionales. Dado que los permisos son genéricos para la explotación de cualquier hidrocarburo, así como debido al halo de secretismo que rodea al «fracking», no es sencillo saber exactamente cuántos proyectos se encuentran autorizados en este momento en España; y ello a pesar de que la Recomendación de la UE exige a estos respectos luz y taquígrafos.

La Ley 17/2013 operó otro trascendental cambio en el régimen del «fracking» y es declarar expresamente que los proyectos que comporten el uso de la fractura hidráulica estarán sometidos al procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental (EIA). En la actualidad, la fractura hidráulica se sitúa entre los proyectos para los que la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, exige evaluación de impacto ambiental de carácter ordinario (Anexo I, grupo 2, d).

Con anterioridad a la modificación de 2013, solo se requería EIA con carácter preceptivo si la extracción era superior a 500 toneladas por día, si se trataba de petróleo, o bien de 500.000 m³ por día, en el caso de gas. Eran supuestos difícilmente aplicables a la fractura hidráulica pues las extracciones haciendo uso de esta técnica no suelen superar estas cantidades. Sí que les resultaba aplicable la EIA con carácter potestativo, esto es, aquella que correspondía decidir caso por caso a la Administración. No obstante, la política seguida hasta la fecha fue la de la exclusión de la EIA. Véase, en este sentido, las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Cambio Climático de 1 de marzo de 2010 y de 21 de noviembre de 2011, ambas excluyendo de EIA respectivamente a los proyectos de exploración de hidrocarburos no convencionales Enara-16 y Enara-4, de gran controversia (La Calle, 2012).

La necesidad de someter las actuaciones de «fracking» a EIA no solo es importante por el control de impactos que ello conlleva, sino también porque implica que la empresa minera titular de los permisos habrá de explicitar que, en efecto, va a hacer uso de esta técnica, así como las características de las actuaciones. Así, a través del correspondiente trámite de información pública a realizar durante el procedimiento, el público podrá tener conocimiento de ello. De otra manera, en la medida en que la fractura hidráulica, como hemos dicho, no requiere de un permiso específico distinto de los permisos que cobijan cualquier otra explotación de hidrocarburos, su conocimiento por el público venía siendo mucho más complejo. Se rompe, así, el halo de secretismo en el que ha estado cobijado el «fracking» en nuestro país. El cambio normativo llegó, sin embargo, un poco tarde, pues eran muchos los permisos de investigación que ya se habían otorgado con anterioridad a octubre de 2013 que no se sometieron a EIA.

4. El posicionamiento de las CC.AA. frente al «fracking» o «Not In My Back Yard»

La reforma de octubre de 2013 incluyendo al «fracking» entre las técnicas a utilizar para la extracción de hidrocarburos y sometiéndolo a EIA no ha conseguido frenar la oposición institucional al mismo. A las leyes «anti-fracking» cántabra, riojana y navarra, le ha seguido, hasta la fecha, una más. Cataluña también ha mostrado su rechazo normativo al «fracking» mediante una modificación en el art. 47 de la Ley de Urbanismo (Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto) introducida por el art. 167.1 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales,

administrativas, financieras y del sector público (Ley de Acompañamiento a los presupuestos de 2014), del siguiente tenor: «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, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad». La prohibición catalana no es tan tajante como la contenida en las leyes cántabra, riojana o navarra, pues se matiza que solo lo será en la medida en que «pueda tener efectos negativos» sobre la zona. La redacción, no obstante, parece más bien una estrategia para sortear un previsible Recurso de Inconstitucionalidad.

A estas cuatro CC.AA. podrían sumársele, en breve, una quinta, Andalucía. Su Parlamento ya se manifestó contrario al «fracking» en virtud de una Proposición No de Ley aprobada en sesión celebrada el 3 de octubre de 2013, en la que, al mismo tiempo, se instaba al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma a suspender los permisos otorgados y a no otorgar ninguno más en el futuro. Pero es que, además, desde el 11 de junio de 2014 se encuentra tramitando dos Proposiciones de Ley al respecto: una, de junio de 2014, que prohíbe el «fracking» en la línea de las leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra, y otra, de julio de 2014, más matizada, en la que se establece una moratoria de dos años, prorrogables.

Otras CC.AA. se mueven en la misma tendencia. Por ejemplo, la Junta General del Principado de Asturias aprobó, el 8 de febrero de 2013, una proposición no de ley mostrándose contraria al «fracking» e instando al Consejo de Gobierno a elaborar una normativa en esa línea. En Galicia, el Parlamento gallego aprobó, el 21 de febrero de 2013, una proposición no de ley instando a la Xunta de Galicia a establecer una moratoria en torno al «fracking» mientras no se garantice su seguridad e inocuidad. Las Cortes de Aragón también se han mostrado contrarias al «fracking», manifestando paralelamente su oposición al permiso de investigación de hidrocarburos en uso de esta técnica denominado «Aquiles», que fue autorizado por el Gobierno en 2013 (Real Decreto 316/2013, de 26 de abril) y que tiene lugar en territorio aragonés. Igualmente, el Parlamento de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por resolución de 1 de octubre de 2013, aún cuando no hay ningún proyecto a la vista en dicha Comunidad Autónoma.

La postura de la Comunidad Autónoma canaria es más matizada y ambigua. Como es sabido, su lucha es, mayormente, contra las prospecciones petrolíferas cercanas a sus costas, autorizadas por el Gobierno en marzo de 2012. En este contexto, el Parlamento canario aprobó, el 7 de mayo de 2014, una Proposición No de Ley instando al Gobierno a prohibir las prospecciones de hidrocarburos en el mar que puedan afectar a espacios naturales protegidos o a zonas turísticas, y, paralelamente, instando también a la Comisión Europea a que reconsiderara su postura sobre «la extracción segura de hidrocarburos no convencionales».

Estos planteamientos contrastan con las posturas adoptadas por otras CC.AA. que se han manifestado de manera explícita o implícita favorables a permitir el «fracking» en sus territorios. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma vasca, especialmente afectada por esta materia en la medida en que uno de los proyectos de extracción que parece más viable –el proyecto «Enara» al que me refería más arriba– tiene lugar en su territorio y está siendo llevado a cabo por un consorcio de empresas entre las que se encuentran la empresa pública vasca. En la línea permisiva se encuentra también la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuyas Cortes Autonómicas rechazaron en marzo de 2013 una Proposición No de Ley contraria al «fracking», y cuya Administración ha otorgado varios permisos de exploración. La postura no es pacífica, pues tanto el pleno de la Diputación Provincial de Soria (junio, 2012) como el de la de Valladolid (octubre, 2012), las provincias más afectadas, se han manifestado rotundamente contrarios al «fracking» en sus términos provinciales.

En parecidos términos se encuentra la situación en la Comunidad Autónoma valenciana. Son varias las Proposiciones No de Ley que se han presentado ante las Cortes Valencianas contra el «fracking», muy especialmente mostrando su oposición a varios proyectos que tienen lugar en su territorio (los conocidos como proyectos «Arquímedes», «Aristóteles» y «Pitágoras»), pero todas ellas han sido hasta la fecha rechazadas.

Sigue también dicha tendencia la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuyas Cortes desestimaron, el 11 de abril de 2013, una Proposición No de Ley que pedía al Gobierno central una moratoria del uso del «fracking» y solicitaba la suspensión de los permisos concedidos, hasta la fecha, por su Consejo de Gobierno. No obstante, aquellos ayuntamientos más afectados por proyectos

de «fracking» a llevar a cabo en sus términos municipales han mostrado su rechazo a los mismos y buena prueba de ello es que presentaron, el 3 de diciembre de 2013, una Iniciativa Legislativa ante las Cortes de Castilla-La Mancha para que estas aprobaran una ley prohibiendo el «fracking» en la Comunidad Autónoma, iniciativa que fue no admitida a trámite sobre la base de que se pretendía la regulación de una materia que no era competencia de la Comunidad Autónoma sino del Estado.

Por último, Murcia, en cuyo territorio se están llevando a cabo varios proyectos de investigación de reservas de gases no convencionales, forma parte de este grupo de Comunidades Autónomas que se muestran favorables al «fracking», con el rechazo por parte de su Asamblea Regional, el 8 de mayo de 2013, de una moción que pedía la declaración de la región como territorio libre de «fracking».

Para completar el panorama autonómico, un tercer bloque estaría formado por otras CC.AA. que, hasta la fecha, no se han pronunciado al respecto, porque, de momento, no existe ningún proyecto en curso de uso de esta tecnología en sus territorios ni se prevé a corto o medio plazo. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid y Extremadura.

En resumen, una mayoría de Comunidades Autónomas, -nada más y nada menos que diez (Cantabria, La Rioja, Navarra, Cataluña, Andalucía, Asturias, Baleares, Aragón, Galicia y Canarias)- se han manifestado claramente en contra del «fracking» en sus territorios. Tan solo 5 se han mostrado favorables -Castilla y León, Castilla-La Mancha, Valencia, Murcia y País Vasco- e incluso en ellas, con gran contestación social y local. La polémica trasciende las barreras partidistas, pues en muchas de las instituciones que se han posicionando en contra del «fracking», ya sea a nivel autonómico o local, gobierna también el Partido Popular, al igual que en el Gobierno central, lo que nos indica que estamos ante una clara expresión del que se conoce como fenómeno «NIMBY» -«Not In My Back Yard»-.

5. Las sentencias del Tribunal Constitucional acerca del «fracking»

La Ley 17/2013, de 29 de octubre, no solo tenía por finalidad incorporar el «fracking» al acervo de las técnicas mineras legales en España, sino también, y no menos importante, configurar una base legal sobre la que poder sustentar los recursos de inconstitucionalidad que el Gobierno tenía en mente

presentar contras las leyes autonómicas «anti-fracking», por vulneración de competencias estatales.

Dicho y hecho, en enero de 2014, el Presidente del Gobierno presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley cántabra «anti-fracking» (Recurso de Inconstitucionalidad 498/2014, de enero de 2014) y la misma suerte corrieron la ley riojana (Recurso de Inconstitucionalidad 108/2014, de abril de 2014), la navarra (Recurso de Inconstitucionalidad 4983/2014, de septiembre de 2014) y la catalana (Recurso de Inconstitucionalidad 6513/2014, de noviembre de 2014), todos ellos con efectos suspensivos.

Los dos primeros recursos de inconstitucionalidad han sido ya resueltos por el Tribunal Constitucional (TC), con idéntico posicionamiento. La STC 106/2014, de 24 de junio, declara inconstitucional y anula la Ley cántabra «anti-fracking» (Fernández de Gatta, 2014), y la STC 134/2014, de 22 de julio, hace lo propio con la riojana.

En ambos casos, los argumentos que «sustentan» la inconstitucionalidad son similares y predecibles, pues responden, en líneas generales, a cómo el TC viene entendiendo la distribución de competencias entre el Estado y de las CC.AA. La línea argumental del TC es, en esencia, que la regulación del «fracking», en cuanto técnica extractiva, representa una reglamentación de actividades minero-energéticas que afecta a la ordenación del sector energético. Es al Estado -y no a las CC.AA.- al que le corresponde regular dicha ordenación porque forma parte de las bases del régimen minero y energético, bases cuya competencia corresponde a este según el art. 149.1.25 CE. En la actualidad, dichas bases se encuentran recogidas en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que, como se ha visto, permite en su actual art. 9, el uso del «fracking». Por tanto, las CC.AA. no pueden prohibir la fractura hidráulica como técnica minera porque esto representa una vulneración de la legislación básica establecida por el Estado y una extralimitación de las competencias atribuidas en sus estatutos de autonomía. De ahí, el TC colige que tanto la Ley «anti-fracking» cántabra como la riojana son inconstitucionales y, por tanto, nulas (Garrido y Antón, 2014); una inconstitucionalidad que es sobrevenida porque, como he expuesto, la modificación del art. 9 de la LSH se produjo con posterioridad a que dichas leyes se hubieran emanado. En todo caso, muy previsiblemente la misma suerte correrán los recursos de inconstitucionalidad que aún quedan por resolver contra la ley navarra y la catalana, que, con alta

probabilidad, también serán declaradas inconstitucionales por el TC.

Con todo el respecto que el TC me merece, me voy a permitir discrepar del fallo. Me parece difícilmente discutible que las CC.AA. poseen los suficientes títulos competenciales en materia de medio ambiente y de salud pública como para poder oponerse a una práctica que les parece, cuanto menos, arriesgada; máxime en una materia con tan fuerte oposición social, tan controvertida en el plano científico y en la que tan razonable es aplicar el principio de cautela. De hecho, las sentencias comentadas cuentan con un voto particular suscrito por tres magistrados, que, aunque no cuestiona el fallo, sí que critica la línea argumental del TC precisamente por no cohonestar e integrar las distintas competencias en juego.

A mi juicio, lo que estas sentencias ponen de manifiesto es que el TC sigue adoleciendo de la aplicación de unos criterios sumamente rígidos a la hora de resolver los conflictos competenciales, basándose, de manera mecánica, en la literalidad de un texto constitucional que, al menos en cuanto al Estado autonómico se refiere, ha sido claramente sobrepasado por los acontecimientos. Esa manera de emplear una metodología cuasi «quirúrgica» en el reparto competencial, pasando el agudo filo del escalpelo sobre la realidad compleja para diseccionar y separar materias, y repartirlas a diestro y siniestro, casa poco con la construcción de un Estado autonómico de clara tendencia federal que ha de buscar la integración, la cooperación y el respeto por la voluntad de los territorios que pueblan esta España diversa. Si, además, los criterios que emplea el TC conducen de manera reiterada a darle la razón al Estado frente a las CC.AA., no es de extrañar que el TC se haya ido forjando esa imagen de cancerbero con el que el Gobierno amenaza a las CC.AA. cuando se salen de la línea que este les marca. En lo que aquí nos concierne, se evidencia que el TC debería cambiar su mecánica e ir a una interpretación del reparto competencial establecido en el texto constitucional que haga prevalecer los criterios teleológicos por encima de la letra del texto, una interpretación de justicia material que conduzca a solucionar los problemas reales y no a incrementar la conflictividad. A mí me parece sumamente razonable que en temas como el «fracking», donde lo que está en juego es la salud pública y las condiciones ambientales, se respete la voluntad de los territorios. Esto significa que en proyectos, actuaciones o técnicas que comporten riesgos, no debería bastar con que el Estado sea favorable a los mismos para poder ejecutarse, sino que debería contarse, además, con la aquiescencia de

las poblaciones de las CC.AA. o entes locales donde estos proyectos vayan a realizarse. O, dicho de otra manera, que si existe una clara oposición popular al mismo en los territorios donde tendría lugar, este no debería llevarse a cabo. Y esto no significa, como a veces se quiere presentar, supeditar los intereses colectivos de todo un Estado a la voluntad de una parte del mismo, sino ser consciente de que un Estado no puede vertebrarse adecuadamente sobre la base de exigir a los pobladores de un determinado territorio que soporten una actividad de riesgo que podría afectar gravemente a su salud y a sus condiciones de vida. Este tipo de sacrificios no pueden imponerse, por más que se pudieran beneficiarse de ellos una mayoría. Y creo, además, que este respeto no solo es una cuestión política, sino también jurídico-constitucional, esto es, un principio que debería ser parte del modelo autonómico y servir de criterio hermenéutico. Si así se hiciera, lo que prevalecería a la hora de resolver estos conflictos territoriales sería la negociación, la cooperación, el entendimiento y la capacidad para esgrimir argumentos y convencer a las poblaciones, y no el temor a que se azuce al TC. Teniendo en cuenta todos estos parámetros, creo que la postura del TC debería haber sido considerar plenamente constitucionales tanto la ley cántabra como la riojana. En su lugar, en este tema tan espinoso, las sentencias se pierden en alabanzas a los parabienes que podrían derivarse del «fracking», por su potencial energético, de reactivación económica y creación de empleo, que están fuera de lugar y nos recuerdan, por momentos, al cuento de la lechera.

Pero es que, además, a mayor abundamiento, las sentencias del TC comentadas son de una escasa eficacia práctica y generan más problemas de los que resuelven. Digo esto porque a pesar de la proclamación de la competencia Estatal, no podemos olvidar que las CC.AA. tienen instrumentos normativos plenamente constitucionales que les permiten paralizar, entorpecer e incluso, impedir la fractura hidráulica en sus territorios. Así, hemos de recordar que el otorgar o denegar la mayoría de las autorizaciones de exploración y permisos de investigación les compete a ellas, y no al Estado, que serán ellas las que en estos casos someterán los proyectos a Evaluación de Impacto Ambiental y que, además, muchas cuentan con autorizaciones ambientales específicas que habrán de superar los proyectos de «fracking» que quieran ejecutarse en sus territorios.

6. Reflexión final

Las incertidumbres que se ciernen sobre el «fracking», tanto desde el punto de vista de la salud pública, como de su impacto ambiental e incluso de su rentabilidad económica, deberían ser causas más que suficientes para que, en aplicación del principio de cautela, se declarara en España una moratoria sobre esta controvertida técnica, que paralizase los permisos otorgados y proyectos de explotación en ciernes e impidiera la concesión de nuevos permisos en tanto en cuanto no se ofrezcan suficientes garantías sobre su inocuidad. Esta no es una propuesta revolucionaria. Con ello no haríamos más que seguir la senda de países de nuestro entorno como Francia o Alemania.

Una moratoria sería, además, coherente, con la política energética que se viene preconizando desde la Unión Europea, que apuesta de manera decidida por una Europa que vaya progresivamente abandonando el uso de los combustibles fósiles como fuente energética en pos de la «descarbonización», y que proclama que el abastecimiento energético debe sustentarse en el ahorro, la eficiencia y la apuesta por las energías renovables (González, 2011).

De momento, no parece que esa vaya a ser la postura a adoptar en nuestro país, pues todos los indicios apuntan a que el deseo del Gobierno actual es continuar con las prospecciones. En este contexto, al menos, debería respetarse la voluntad de los territorios autonómicos y locales que se han opuesto al «fracking» y no permitir actuaciones relacionadas con esta técnica en dichos territorios. Forzar a las poblaciones a tener que soportar un riesgo ambiental de consecuencias desconocidas no es de recibo.

Además, si lo que se desea es dar luz verde al «fracking», el Estado no debería haberse limitado a un mero y apresurado retoque de la Ley del Sector de Hidrocarburos, con el simple propósito de incluir la fracturación hidráulica entre las técnicas mineras. La trascendencia del tema requiere una regulación completa y específica de esta técnica que incorpore, además, todos esos aspectos que la Recomendación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014, arriba comentada, exige, máxime cuando todo parece indicar que esta recomendación terminará, en breve, por convertirse en una directiva comunitaria. Así lo indica, con acierto, el voto particular formulado contra las SSTC 106/2014 y 134/2014.

El «fracking» no es una técnica minera más; es una tecnología que se diferencia claramente de las que

hasta la fecha se han venido practicando por la posibilidad de acceder a yacimientos hasta ahora inaccesibles, por la metodología que implica y por los riesgos ambientales que se derivan de la misma. Existen informes suficientemente contrastados de que el «fracking» representa un riesgo real de contaminación de los acuíferos. Y muchos de nosotros el agua la preferimos sin gas.

Referencias bibliográficas

APPLE, B. (2014): «Mapping Fracking: An Analysis of Law, Power, and Regional Distribution in the United States», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 28, nº. 1, pág. 217-244.

BLANQUE, L. y SORIANO, J. E. (2013): «La regulación del *fracking* en España», *Lupicinio Abogados International Attorneys*, noviembre.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2014): «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado», *Diario La Ley*, nº 8358.

GARRIDO, S. y ANTÓN VEGA, D. (2014): «El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de *fracking*», *Diario La Ley*, nº. 8401.

GONZÁLEZ RÍOS, I. (2011): «Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y la eficiencia energética», Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

HOLLOWAY M.D. y RUDD, O. (2013): «Fracking: the operations and environmental consequences of hydraulic fracturing», Wiley, Salem, Mass.

LA CALLE MARCOS, A. (2012): «Informe sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de la fragmentación en diversos proyectos de las labores correspondientes al permiso de investigación de hidrocarburos ENARA 1614 en las Comunidades Autónomas de Castilla y León y País Vasco», Fundación Nueva Cultura del Agua.

LEVANT, E. (2013): «Groundswell: the case for fracking», McClelland & Stewart, Toronto.

MARTÍN-SOLA RODRÍGUEZ, S. (2013): «*Fracking*: estado de situación en otros países», *Revista El Ecologista*, nº 78, septiembre.

ROBLES MONTOYA, B. (2014): «Impacto social y ambiental del fracking», Senado de la República, Méjico.