

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, PROPORCIONALIDAD Y EVALUACIÓN *EX ANTE* Y *EX POST* DE LAS NORMAS JURÍDICAS. EL CASO DEL LOBO IBÉRICO

NOEMÍ GÁMEZ MOLL
Letrada del Consejo de Estado

Cómo citar/Citation

Gámez Moll, N. (2022).

Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico.

Revista de Administración Pública, 218, 235-262.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.08>

Resumen

En una sociedad del riesgo como la actual, el principio de precaución constituye una pieza fundamental del proceso de toma de decisiones. Medidas como la inclusión de las poblaciones de lobo ibérico situadas al norte del Duero en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial dan buena cuenta de ello.

El presente trabajo expone la configuración normativa y jurisprudencial del principio de cautela a nivel internacional, regional europeo y nacional; y estudia su relación con el principio de proporcionalidad, destacando la necesidad de reforzar las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas en un contexto en el que la incertidumbre científica que sirve de presupuesto a la aplicación del principio de precaución matiza el test de idoneidad que resulta inherente al principio de proporcionalidad y este, a su vez, limita la discrecionalidad que el regulador posee al seleccionar las medidas restrictivas que, en abstracto, cabría adoptar para evitar el riesgo que ha determinado la entrada en escena del principio de cautela.

Palabras clave

Principio de precaución o cautela; sociedad del riesgo; incertidumbre científica; principio de proporcionalidad; evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas.

Abstract

In a risk society like the current one, the precautionary principle represents a fundamental piece of the decision-making process, as it has been recently proved by the inclusion of the iberian wolf populations that live south of the Duero in the List of native species that deserve special protection in Spain.

This work explains the regulatory and jurisprudential configuration of the precautionary principle on the international, european and national levels. It also studies the relationship between the precautionary principle and the proportionality principle, outlining the importance of the *ex ante* and the *ex post* evaluations in a scenario in which the scientific uncertainty that determines the application of the precautionary principle modulates the suitability test and the proportionality principle restrict the discretion of the regulatory bodies selecting the measures that could elude some risk.

Keywords

Precautionary principle; risk society; scientific uncertainty; proportionality principle; *ex ante* and *ex post* evaluation of regulation.

SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN; SU DELIMITACIÓN A PARTIR DE OTRAS FIGURAS AFINES. II. LOS LÍMITES A SU APLICACIÓN: 1. El principio de proporcionalidad. 2. Las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas. III. UN EJEMPLO PRÁCTICO DE ESTAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS: LA INCLUSIÓN DE LAS POBLACIONES DE «CANIS LUPUS» LOCALIZADAS AL NORTE DEL DUERO EN EL LISTADO DE ESPECIES SILVESTRES EN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ESPECIAL. IV. CONCLUSIONES.

I. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN; SU DELIMITACIÓN A PARTIR DE OTRAS FIGURAS AFINES

Desde hace décadas, la sociedad está inmersa en un proceso de profunda transformación que ha sido estudiado y caracterizado por la sociología desde diversas perspectivas¹ y que ha abocado a los Estados, cuyos sistemas normativos están presididos por el principio de seguridad jurídica, a decidir en un entorno de

¹ D. Bell (1976), *El advenimiento de la sociedad post-industrial: un intento de prognosis social*, Madrid: Alianza Editorial, ha destacado, por ejemplo, el peso que el conocimiento ha adquirido en un sistema en el que la información es el recurso predominante y el procesamiento el modo de tratarla. Z. Bauman (2003), *Modernidad líquida*, México: Fondo de Cultura Económica, ha incidido en la incapacidad de los regímenes actuales para detener la estela de licuefacción, derretimiento o disolución de las estructuras sólidas de otro tiempo por la que se ha caracterizado la modernidad desde sus orígenes. U. Beck (1998), *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós Ibérica, por último, se ha centrado en los daños sistemáticos y a menudo irreversibles que la modernización de las fuerzas productivas ha liberado, explicando que la relación causal entre estos riesgos globales y su eventual materialización está sometida a procesos sociales de definición en los que estos pueden ser objeto de dramatización o de minimización y que ello les dota de una enorme potencialidad política: como suelen existir discrepancias en la comunidad científica acerca de la probabilidad de que un peligro se convierta en un daño social, la sensibilidad de la opinión pública hacia su realidad condiciona la agenda política, influyendo de manera decisiva en la decisión gubernativa de adoptar o de no adoptar medidas de prevención que eviten su concreción.

incertidumbre que paradójicamente ha sido creado por la ciencia y no puede ser resuelto por ella².

La gestión de los riesgos se ha convertido, de este modo, en la cuestión palpitante de nuestro tiempo. Su resolución se ha articulado jurídicamente a través de los principios de prevención y cautela. Este encuentra sus orígenes en la legislación federal alemana sobre contaminación aérea de los años setenta³; sin embargo, su definición y consolidación han tenido lugar, fundamentalmente, a nivel internacional y regional europeo.

En el ámbito internacional, la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, formalizada en junio de 1992⁴, positivizó el criterio de precaución como principio número 15, advirtiendo que «la falta de certeza científica absoluta [sobre un peligro de daño grave e irreversible] no deber[ía] utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio». Desde entonces, los principales tratados multilaterales sobre el medio ambiente han reconocido este principio, unas

² J. Esteve Pardo (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid: Marcial Pons; (2016), «De la ciencia a la literatura: el camino del Derecho ante la incertidumbre», en J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 3, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; y (2021), «La regulación de riesgos: gestionar la incertidumbre», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 96-97.

En efecto, en los últimos años se ha producido lo que I. Prigogine (1997), *El fin de las certidumbres*, Madrid: Taurus, ha calificado expresivamente como el «fin de las certidumbres»: han surgido corrientes de pensamiento que han cuestionado la división del saber moderno en las «dos culturas» —la científica y la humanística—, abogando por su acercamiento, y que han atacado la concepción determinista del mundo que las ciencias naturales y las ciencias sociales tradicionalmente han asumido, siguiendo el modelo ofrecido por la mecánica newtoniana. En relación con la primera cuestión, se pueden consultar J. Ortega y Gasset (1939), *La rebelión de las masas*, Madrid: Espasa-Calpe, y C. P. Snow (1977), *Las dos culturas y un segundo enfoque*, Madrid: Alianza Editorial. Para un estudio pormenorizado del segundo aspecto, se puede acudir a I. Wallerstein (2005), *Las incertidumbres del saber*, Barcelona: Gedisa, y N. N. Taleb (2011), *El cisne negro: El impacto de lo altamente improbable*, Barcelona: Paidós Ibérica.

³ Como ha estudiado S. Boehmer-Christiansen (1994), «The Precautionary Principle in Germany. Enabling Government», en T. O’Riordan y J. Cameron (eds.), *Interpreting the precautionary principle*, Londres: Earthscan Publications, aunque el enfoque precautorio ya estaba presente en el *Umweltsprogram der Bundesregierung* de 1971, como principio técnico jurídico, el *Vorsorgeprinzip* fue introducido en la *Bundesimmissionschutzgesetz* de 1976 para facilitar la ejecución de medidas de protección de los bosques frente a la lluvia ácida y otros fenómenos que amenazaban su supervivencia.

⁴ Suelen citarse como precedentes en esta materia el Convenio para la protección de la capa de ozono, realizado en Viena el 22 de marzo de 1985, y las Declaraciones Ministeriales de la Segunda y la Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, respectivamente celebradas en noviembre de 1987 y en marzo de 1990.

veces consagrándolo nominalmente⁵ y otras tomándolo como punto de partida al acometer la regulación de cuestiones específicas⁶, y lo han vinculado a la idea del desarrollo sostenible, que el Informe Brundtland de 1987 conceptuó como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Pese a este reconocimiento generalizado y a los esfuerzos de parte de la doctrina por conferirle naturaleza consuetudinaria⁷, su aplicación jurisprudencial sigue siendo bastante limitada: la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el enfoque precautorio puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las previsiones del Estatuto, pero ha aclarado que en modo alguno opera como una inversión de la carga de la prueba⁸; el Tribunal Internacional de Derecho del Mar simplemente ha apuntado que existe una tendencia a convertir el enfoque precautorio en parte del derecho internacional consuetudinario⁹; y el Órgano de Apelación del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio ha constreñido el enfoque precautorio a las medidas provisionales que los Estados parte pueden adoptar, al amparo del art. 5.7 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), cuando los testimonios

⁵ El art. 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, dispone, por ejemplo, que «[l]as Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos».

⁶ El art. 10.b) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, realizado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, señala, por ejemplo, que «[c]ada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda [...] [a]doptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica».

⁷ Así, entre otros, P. Sands y J. Peel (2012), *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press; A. Trouwborst (2002), *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Londres: Kluwer Law International; y O. McIntyre y T. Mosedale (1997), «The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law», *Journal of Environmental Law*, 9, 2.

⁸ Apdo. 164 de la sentencia sobre *las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* de 2010, a la que se puede acceder a través de <https://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments>. Con anterioridad, en los asuntos sobre los *ensayos nucleares franceses* de 1995 y *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997, la Corte se había abstenido de delimitar el alcance del principio de precaución.

⁹ Apdo. 135 de la opinión consultiva sobre *las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona* de 2011, que puede ser consultada en <https://www.itlos.org/index.php?id=109>. Previamente, en los asuntos sobre *el atún de aleta azul meridional* de 1999 y sobre la *Planta Mox* de 2001, el tribunal había evitado pronunciarse acerca del significado del principio de cautela, aunque evidentemente había asumido un enfoque precautorio al resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes.

científicos disponibles no permiten, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos en el sentido requerido por el art. 5.1¹⁰.

A nivel regional europeo, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, sancionó el principio de cautela como uno de los principios nucleares de la política comunitaria en materia medioambiental. Lo que dio lugar a una intensa labor jurisprudencial a través de la cual el principio de precaución ha sido configurado como «un principio general del Derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos»¹¹; implica que «cuando subsista incertidumbre sobre la existencia o el alcance de riesgos [...] puedan adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos»¹².

Para facilitar su aplicación, el 2 de febrero del año 2000, la Comisión Europea publicó una *Comunicación sobre el recurso al principio de precaución* (COM [2000] 1 final) que fue respaldada por el Consejo Europeo en sus conclusiones de 10 de diciembre del año 2000 y por el Parlamento Europeo en una resolución de 14 de diciembre del 2000. Según la Comisión, la adopción de decisiones proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes en situaciones de incertidumbre requiere un proceso de toma de decisiones estructurado en torno a tres elementos¹³: la evaluación del riesgo, de índole científica¹⁴; la elección de la estrategia de gestión

¹⁰ Informes sobre los casos *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* de 1998, *Japón – Medidas que afectan a los productos agropecuarios* de 1999 y *Comunidades Europeas – Productos biotecnológicos* de 2008. Toda la información sobre estos procedimientos está publicada en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds76_s.htm y https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm, respectivamente.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2002, *Artogodan y otros c. Comisión*, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, apdo. 184, en línea con lo señalado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997, *Affish*, C-183/95, apdo. 43.

¹² Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2017, *Queisser Pharma*, C-282/15, apdo. 57, y de 6 de mayo de 2021, *Bayer CropScience AG c. Comisión*, C-499/2018, apdo. 80.

¹³ Para un análisis detallado de esta cuestión, puede leerse The Royal Society (1992), *Risk: Analysis, Perception and Management*.

¹⁴ La evaluación del riesgo consiste en identificar un peligro, caracterizarlo, determinando su naturaleza y la gravedad de los efectos adversos a él asociados, evaluar la probabilidad de exposición al agente estudiado y caracterizar dicho riesgo. Debe basarse en los mejores datos científicos disponibles y llevarse a cabo de manera independiente, objetiva y transparente, para que la autoridad competente cuente con una información lo bastante fiable y sólida como para comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y deter-

del riesgo, de responsabilidad política¹⁵; y la comunicación del riesgo, vinculada a la creciente importancia que la transparencia de la actividad de los poderes públicos está adquiriendo en el contexto de la sociedad de la información¹⁶.

En la actualidad, el derecho originario sigue refiriéndose al principio de cautela con ocasión de la protección del medio ambiente, en el art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; sin embargo, el derecho derivado ha extendido su ámbito de aplicación a otros sectores, como el alimentario, el pesquero o el sanitario, con el beneplácito del Tribunal de Justicia.

A nivel nacional, diversos Estados han incorporado el principio de precaución a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Tal es el caso de Suecia, que lo recoge en su Código del Medio Ambiente de 1998; de Francia, que lo reconoce en su Carta del Medio Ambiente de 2005; o de España, donde ha quedado plasmado en diversos textos normativos¹⁷ y resoluciones judiciales¹⁸.

minar su política con conocimiento de causa (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health c. Consejo*, T-13/99, apdo. 162).

¹⁵ La gestión del riesgo engloba el conjunto de acciones que la autoridad competente ejecuta con la finalidad de reducirlo a un nivel que considera aceptable para la sociedad (así, entre otras, la Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2008, *BASF Agro BV c. Comisión*, T-583/13, apdo. 74). Lo que se puede traducir en la adopción de medidas provisionales, que habrán de ser proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes con medidas similares ya adoptadas (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2004, *Bellio Flli, S.R.L., C-286/02*, apdo. 59), o en la inacción. Las facultades de apreciación que los poderes públicos ostentan en este ámbito son muy amplias, pero están sujetas a control judicial, el cual se limitará a verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento que resultan aplicables, la exactitud material de los hechos que han sido tenidos en cuenta, la ausencia de error manifiesto en su ponderación y la inexistencia de desviación de poder (así, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços, C-77/09*, apdo. 56).

¹⁶ Para un estudio pormenorizado de esta tercera fase del proceso de toma de decisiones regulatorias en situaciones de riesgo, puede acudir a P. Slovic (2000), *The perception of risk*, London: Earthscan Publications.

¹⁷ Entre las disposiciones normativas que consagran el principio de cautela en el ámbito estatal, cabe destacar la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (art. 2.g), la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (art. 4.1.a), la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (art. 3.d) y el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre (anejo III).

¹⁸ La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha utilizado el principio de precaución, por ejemplo, para concluir que las declaraciones del titular de las instalaciones y otros agentes están incluidas entre los certificados o informes no ajustados a la realidad de los hechos cuya expedición tipifica el art. 31.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria como infracción grave (sentencia de 30 de enero de 2007, rec. 20/2005, FD 4); y para

En estos tres niveles normativos y jurisprudenciales, el principio de precaución ha sido objeto de múltiples interpretaciones, que Bourguignon¹⁹ ha sistematizado en torno a tres ejes:

a) La interpretación minimalista sostiene que la incertidumbre no justifica la inacción y garantiza la legislación pese a la ausencia de evidencia científica completa sobre un riesgo particular; otorga al principio de cautela un ámbito de aplicación muy reducido, constreñido a los supuestos en los que la incertidumbre acerca de la materialización del riesgo es nimia. La acoge, por ejemplo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

b) La interpretación media entiende que la incertidumbre justifica la acción y garantiza la legislación incluso si el nexo entre la causa y el efecto no ha sido plenamente establecido; otorga al principio de cautela un ámbito de aplicación nuclear o central, comprensivo de los supuestos en los que la incertidumbre acerca de la materialización del riesgo es media, en los que es igual de probable que el evento lesivo se produzca o no. La asumen, por ejemplo, el Código sueco del Medio Ambiente de 1998 y la Carta francesa del Medio Ambiente de 2005.

c) La interpretación maximalista estima que la incertidumbre necesita legislación hasta que la ausencia de riesgo sea probada; otorga al principio de cautela un ámbito de aplicación muy amplio, referido a todos los supuestos en los que existe incertidumbre acerca de la materialización de un riesgo, con independencia de su intensidad, en los que cualquier posibilidad de que se produzca un evento lesivo tiene que ser tomada en consideración para actuar. Parte de ella, por ejemplo, la Declaración Ministerial de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte de 1990.

La interpretación maximalista ha sido rechazada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha destacado que el principio de cautela permite prevenir los riesgos potenciales, basados en indicios serios, pero no resulta aplicable a los riesgos puramente hipotéticos, que se apoyan en hipótesis científicamente no probadas²⁰.

admitir que el órgano ambiental competente puede modificar de oficio una autorización ambiental integrada en cualquier momento, incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos, en determinadas circunstancias (sentencia de 26 de mayo de 2021, rec. 7.175/2019, FD 3).

¹⁹ D. Bourguignon (2015), *The precautionary principle. Definitions, applications and governance*, Servicio de Investigación del Parlamento Europeo.

²⁰ Así, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, *Monsanto Agricultura Italia y otros*, C-236/01, apdo. 106, y del Tribunal General de 17 de marzo de 2021, *FMC Corporation c. Comisión*, T-719/17, apdo. 69.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo²¹.

La interpretación minimalista, por su parte, favorece la confusión entre el principio de prevención, que, según su formulación clásica, opera ante riesgos conocidos —lo que la Agencia Europea del Medio Ambiente²² ha descrito como situaciones de impactos conocidos y probabilidades conocidas—, y el principio de precaución, que actúa ante riesgos inciertos, aunque no meramente hipotéticos.

No obstante, lo cierto es que la noción de riesgo comporta la idea de incertidumbre; no en vano, la Real Academia Española lo define como la «contingencia o proximidad de un daño», siendo la contingencia la «posibilidad de que algo suceda o no suceda». Dicho en otros términos, no podrá existir seguridad acerca de la realidad y el alcance de un riesgo hasta que dicho riesgo se materialice; y entonces el enfoque preventivo perderá su sentido y será necesario acudir al instituto de la reparación del daño. Prevención y precaución son, por lo tanto, dos manifestaciones de la misma idea, dos caras de la misma moneda: conllevan la adopción de un enfoque preventivo, encaminado a evitar la aparición de un daño, y emplean elementos precautorios, dado que rara vez hay consenso en la comunidad científica acerca del potencial dañino de una actividad pública o privada.

En definitiva, en el plano teórico-abstracto, ambos principios pueden ser diferenciados en función del grado de probabilidad de que se produzca el evento lesivo que se pretenda evitar si no se adoptan medidas restrictivas con virtualidad para neutralizar su supuesta fuente: si la probabilidad es alta, intervendrá el principio de prevención²³ y si la probabilidad es menor, pero aun así considerable, se acudirá al principio de precaución²⁴. La falta de nitidez de esta línea divisoria determina que, en la práctica, con frecuencia, ambos principios sean invocados de modo indistinto o simultáneo. Quizás por ello, haciendo gala del pragmatismo que caracteriza al mundo anglosajón, los Estados Unidos prefieran no evocar el principio de precaución y hablar, en su lugar, del enfoque precautorio²⁵ o del concepto vigilancia prudente²⁶.

²¹ Véanse, por todas, las sentencias de 21 de enero de 2015, rec. 432/2013, FD 3, y de 21 de diciembre de 2016, rec. 500/2013, FD 1.

²² Agencia Europea del Medio Ambiente (2001), *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1986-2000*.

²³ Por ejemplo, existen evidencias científicas sólidas de que la exposición de los trabajadores al amianto sin utilizar equipos de protección adecuados eleva exponencialmente la posibilidad de que estos sufran cáncer.

²⁴ Por ejemplo, hay ensayos científicos que concluyen que el uso de la mascarilla reduce la propagación de los virus que se contagian a través del aire, si bien existen discrepancias sobre los lugares en los que es recomendable aplicarla, como muestra la experiencia adquirida durante la pandemia de COVID-19.

²⁵ Fue citado, por ejemplo, en el caso *Hormonas*, en el marco del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

²⁶ Está presente, por ejemplo, en el informe *Ethics of Synthetic Biology and Emerging Technologies*, publicado por la Comisión Presidencial para el Estudio de Asuntos Bioéticos en el año 2010.

La finalidad que persiguen todas estas figuras es similar: contribuir a la gestión de los riesgos derivados de los estadios más avanzados del desarrollo científico y tecnológico; lo que cambia es el modo de alcanzarla, la perspectiva que se asume para ello: una perspectiva funcional en el caso norteamericano, en el que la cautela ante todo representa una guía u orientación, la lente con la que el Legislativo y el Ejecutivo examinan la oportunidad de ordenar una actividad potencialmente peligrosa y concretan la mejor forma de hacerlo; y una perspectiva procedimental en el caso europeo, en el que la precaución ante todo constituye una garantía de que el regulador tomará en consideración la información científica disponible sobre una actividad potencialmente peligrosa y, sobre la base de los resultados de tal evaluación y de las alegaciones que los interesados hayan formulado durante los trámites de participación pública que se hayan sustanciado, decidirá si adopta o no medidas restrictivas para las libertades de los ciudadanos²⁷.

II. LOS LÍMITES A SU APLICACIÓN

En sus diversas concepciones, el principio de precaución viene a facilitar el proceso de toma de decisiones, orientando a los poderes públicos en la evaluación de situaciones de amenaza o peligro a bienes jurídicamente protegidos, a partir de la información científica disponible, y en la subsiguiente elección de la mejor manera de hacerles frente. En la medida en que habilita la adopción de medidas restrictivas de los derechos y libertades de las personas y los operadores económicos, tiene que ser tamizado por el filtro del principio de proporcionalidad. Y como quiera que el entorno de incertidumbre en el que opera es, por definición, difuso y cambiante, resulta indispensable fortalecer el papel de las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas, como herramientas que contribuyen a garantizar el acierto de las decisiones que afectan a los intereses generales.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Tradicionalmente se ha valorado la validez de la actuación de los poderes públicos con una incidencia negativa en la esfera jurídica de los ciudadanos a través de un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, que responde a la lógica relacional medios-fin y que se reconduce al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

²⁷ La naturaleza eminentemente procedimental del principio de precaución, en su configuración continental, ha sido defendida por la doctrina patria —A. E. Embid Tello (2010), «El principio de precaución», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid: La Ley— y comparada —J. Peel (2005), *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-Making and Scientific Uncertainty*, Sidney: Federation Press—.

Advierte Barnes²⁸, en este sentido, que la noción de proporcionalidad se encuentra íntimamente relacionada con el ideal de justicia y, como tal, siempre ha estado latente en el pensamiento político, filosófico y jurídico occidental; pero que no fue técnicamente articulada como un principio hasta que tuvo lugar el nacimiento del derecho de policía y fue preciso imponer ciertos límites a la actividad administrativa encaminada a garantizar el buen orden de la cosa pública. Por ende, no es de extrañar que fuera en la Alemania de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX donde se produjera lo que Otto Mayer denominase la metamorfosis de la proporcionalidad, de fundamento o principio de derecho natural a límite jurídico concreto y operativo, merced a la labor de la doctrina y de la jurisprudencia.

La aparición del constitucionalismo y la ulterior irrupción de la cultura de los derechos ha elevado a un primer plano la función de los principios como mandatos de optimización cuya forma de aplicación es la ponderación, en la expresiva fórmula empleada por Alexy²⁹. Singularmente, la del principio de proporcionalidad, que, como ha estudiado Sarmiento Ramírez-Escudero³⁰, ha sido dotado de rango constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y que, desde esa posición, irradia el control de la actuación de los tres poderes del Estado, en la medida en que todos ellos contribuyen a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales: el Poder Legislativo, al regularlos, respetando su contenido esencial, en los términos fijados en el art. 53 de la Constitución; el Poder Ejecutivo, al diseñar y ejecutar las políticas públicas, incidiendo en la esfera jurídica de los ciudadanos; y el Poder Judicial, al tutelarlos, con arreglo a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En la dogmática alemana, el principio de proporcionalidad es el resultado de la conjunción de tres subprincipios: el principio de idoneidad, que mide la aptitud de un medio para alcanzar el fin que lo fundamenta³¹; el principio de necesidad, que valora si el medio propuesto es el menos restrictivo para la esfera jurídica de los ciudadanos de entre todos los idóneos para cumplir el fin perseguido³²; y

²⁸ J. Barnes (1994), «Introducción al principio de proporcionalidad en Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135; y (1998), «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5.

²⁹ R. Alexy (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

³⁰ D. Sarmiento Ramírez-Escudero (2004), *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

³¹ En BVerfGE 55, 159 (166), por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró inconstitucional, por no superar el test de idoneidad, una ley que exigía la aprobación de un examen de tiro con armas de fuego para obtener una licencia de cetrería.

³² En BVerfGE 53, 135 (146), por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró inconstitucional, por no superar el test de necesidad, una norma que prohibía las golosinas a base de arroz inflado con forma de conejo de Pascua y de Santa Claus para impedir

el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, que pondera si la consecución del fin pretendido justifica el sacrificio para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el medio escogido articula³³.

Esta construcción ha sido asumida, si bien con una intensidad variable, por los siguientes órganos jurisdiccionales:

a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha vinculado con las necesidades de una sociedad democrática, reconociendo un amplio margen de apreciación a los Estados parte³⁴.

b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha servido de él para articular las relaciones interordinamentales entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros, en una línea jurisprudencial que ha quedado cristalizada en el art. 5.4 del Tratado de la Unión Europea, y para ponderar la intervención de las instituciones europeas y de las autoridades nacionales en la esfera jurídica de los particulares, en una línea jurisprudencial que también ha quedado cristalizada en los derechos originario³⁵ y derivado³⁶.

que los consumidores creyesen erróneamente que eran de chocolate, ya que la finalidad perseguida podía ser lograda de una manera igualmente efectiva, pero menos restrictiva, imponiendo una obligación de señalización.

³³ En BVerfGE 86, 1 (14), por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán anuló parcialmente, por no superar el test de proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización que el Tribunal Superior de Düsseldorf había condenado pagar a la revista *Titanic* a un oficial del servicio de reserva al que había llamado asesino nato y tullido.

³⁴ Así, entre otras, las sentencias de los casos *Handyside* (1976), *Dudgeon* (1981), *Hatton* (2001), *Hirst* (2005), *Perinçek* (2015) y *Nalvany* (2018). Para un análisis detallado de esta jurisprudencia, puede acudir a L. López Guerra, *Informe de 7 de diciembre de 2018 sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, publicado en <https://www.venice.coe.int/>.

³⁵ El art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del año 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007, dispone que «[d]entro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones [a los derechos y libertades contemplados en la Carta] cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». A tenor del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, esta Carta posee el mismo valor jurídico que los Tratados.

³⁶ El art. 15.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior requiere, por ejemplo, que las limitaciones al acceso de una actividad de servicios o a su ejercicio sean no discriminatorias, necesarias y proporcionales.

c) Nuestro Tribunal Constitucional lo ha configurado como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, que no puede ser invocado de forma autónoma y aislada, sino en relación con determinados preceptos constitucionales, y que deriva del valor justicia, de la cláusula del Estado de derecho y de la dignidad humana³⁷.

d) Nuestro Tribunal Supremo, por último, ha afirmado³⁸ que el principio de proporcionalidad deriva del art. 106.1 de la Constitución, que extiende el control jurisdiccional de la actividad administrativa a los fines que la justifican; y lo ha empleado para examinar la legalidad de diversas disposiciones generales³⁹ y actos particulares⁴⁰.

En suma, el principio de proporcionalidad constituye uno de los principios nucleares del derecho de la Unión Europea y de nuestro ordenamiento jurídico. Como tal, modula las medidas restrictivas que, en abstracto, cabría adoptar al amparo del principio de precaución: i) de acuerdo con el test de idoneidad, tales medidas han de ser aptas para impedir la materialización del evento lesivo, por más que el entorno de incertidumbre en el que opera el principio de cautela matice la aplicación de este primer escalón, en el sentido de que las autoridades competentes podrán tomar medidas preventivas pese a que no haya estudios científicos concluyentes sobre la relación de causalidad existente entre el riesgo detectado y el daño que se pretende evitar; ii) con arreglo al test de necesidad, las intervenciones proyectadas tienen que ser las menos restrictivas para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos de entre todas las posibles; y iii) de conformidad con el test de proporcionalidad *strictu sensu*, el riesgo que se desea eludir tiene que poseer una entidad suficiente para justificar las prohibiciones y/o limitaciones que se vayan a establecer con carácter precautorio.

³⁷ Véase, por todas, la sentencia 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

³⁸ Así, entre otras, una sentencia de 18 de febrero de 1992.

³⁹ En la sentencia de 13 de mayo de 2019, rec. 718/2017, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo confirmó la proporcionalidad del apdo. 5 del artículo único del Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del art. 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña.

⁴⁰ En la sentencia de 22 de febrero de 2021, rec. 5619/2019, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo concretó los datos que una confesión religiosa tiene derecho a conservar a la luz del art. 9.2.d) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y del principio de proporcionalidad que ha de inspirar su aplicación.

Así se deduce del *estatus* que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional han conferido al principio de proporcionalidad y, más específicamente, de la jurisprudencia recaída en relación con el principio de precaución. El Tribunal de Justicia ha recordado en reiteradas ocasiones⁴¹ que el principio de cautela tiene que aplicarse tomando en consideración el principio de proporcionalidad, el cual exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos restrictiva, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser desmesurados con respecto a los objetivos perseguidos. En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Supremo⁴².

De hecho, la influencia refleja que el principio de precaución ejerce sobre el test de idoneidad aconseja extremar la cautela al ponderar el acomodo de las medidas restrictivas que se vayan a adoptar al principio de proporcionalidad, minimizando los efectos adversos que los «falsos positivos» —estos son los casos en los que la ciencia termine evidenciando que las actividades prohibidas o limitadas no constituirían un riesgo grave para el medio ambiente, la salud o cualquier otro bien jurídico protegido— pudieran generar. No en vano, las principales críticas que se han dirigido al principio de precaución se han centrado en su supuesta arbitrariedad⁴³ o en su desvinculación del análisis de costes y beneficios^{44, 45}.

2. LAS EVALUACIONES EX ANTE Y EX POST DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En el contexto descrito, las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas⁴⁶ que regulen las medidas precautorias que se vayan a implantar en un

⁴¹ Véanse, por todas, las sentencias de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical Limited*, C-343/2009, apdo. 45, de 9 de junio de 2016, *Giovanni Pesce, Cesare Serinelli y otros*, C-78/16 y 79/16, apdo. 48, y de 6 de mayo de 2021, *Bayer CropScience AG*, C-499/18, apdo. 166.

⁴² Así, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 21 de enero de 2015, rec. 432/2013, FD 3, y de 14 de septiembre de 2021, rec. 5.909/2021, FD 9.

⁴³ G. E. Marchany y K. L. Mossman (2004), *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*, Washington, D.C.: American Enterprise Institute Press.

⁴⁴ C. Susnstein (2005), *Laws of Fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁴⁵ Desde otra perspectiva, J. Esteve Pardo (2009) y A. E. Embid Tello (2010) han destacado que el principio de cautela constituye una de las manifestaciones de la deriva cientificista que aqueja al derecho contemporáneo.

⁴⁶ Sobre este particular, se pueden consultar, con carácter general: AA.VV. (2019), *Revista de Economía ICE*, 907. Ejemplar dedicado a la mejora de la regulación; A. Boix Palop y

escenario de incertidumbre científica están llamadas a desempeñar un papel fundamental en el proceso decisorio y en el control jurisdiccional que, en su caso, se lleve a cabo con posterioridad⁴⁷.

La evaluación *ex ante*, en primer lugar, dará la posibilidad de examinar la información científica disponible sobre la realidad y gravedad del riesgo y la proporcionalidad de las medidas proyectadas; garantizará, con ello, que el peligro ante el que se ha reaccionado supera el umbral de riesgo socialmente inaceptable, por debajo del cual no estaría justificado actuar, y que las medidas que se han propuesto para mermarlo son proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes con otras similares ya aprobadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, los resultados de la evaluación *ex ante* suelen plasmarse en las memorias que normalmente acompañan a los proyectos normativos durante su procedimiento de elaboración; en el ámbito estatal, tienen carácter preceptivo y deben adecuarse a lo dispuesto en el art. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Estos documentos han adquirido un peso decisivo en el enjuiciamiento de la conformidad a derecho de las disposiciones generales. La jurisprudencia ha señalado que, dado que «asegura[n] que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos [...] [poseen] la información necesaria [...] [para] estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación»⁴⁸, su inexistencia o insuficiencia pueden determinar la anulación de la disposición normativa a la que se refieran⁴⁹.

C. Gimeno Fernández (2020), *La mejora de la calidad normativa*, Valencia: Universitat de Valencia; Conseil D'État (2016), *Étude annuelle 2016: simplification et qualité du droit*, J. Ponce Solé (2003), «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *Revista de Administración Pública*, 162; y C. Sunstein (2018), *The cost benefit revolution*, Cambridge: The MIT Press, entre otros.

⁴⁷ A estos efectos, es preciso distinguir la evaluación *ex ante*, que suele constituir un trámite preceptivo del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales cuya omisión, formal o material, puede invalidar las normas jurídicas que eventualmente se aprueben en su seno, y la evaluación *ex post*, que es una herramienta o técnica de buena regulación cuya falta de utilización o incorrecta articulación no afecta a la validez de los textos normativos cuyos resultados prácticos podrían o deberían haber sido analizados en el marco de la *better regulation*.

⁴⁸ Véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2016, rec. 903/2014, FFDD 2 y 7.

⁴⁹ Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual —que fue anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018,

A pesar de ello, en el ejercicio de su función en el seno de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa⁵⁰, Sánchez Puente, Bueno Rodríguez y García Vidal⁵¹ han apreciado «una “definición de los objetivos” en exceso genérica [...] una confusión generalizada en cuanto al contenido del “análisis de alternativas” [...] una insuficiente o inadecuada justificación de los “principios de buena regulación” [...] poca atención a [la congruencia de los proyectos con otras normas de Derecho interno y con las normas del Derecho de la Unión Europea] [...] [y un] análisis de impactos que a menudo se presenta solo en términos cualitativos, dejando poco claro si los beneficios de la futura norma superan los costes resultantes [...] [y que cuando se expresa en términos cuantitativos] infrutiliza [los] datos de investigación [...]».

Estas deficiencias⁵² resultan especialmente preocupantes en los casos en los que la norma proyectada se basa en el principio de precaución, puesto que el examen de las alternativas regulatorias existentes y el análisis del impacto de las soluciones jurídicas finalmente adoptadas constituyen dos herramientas indispensables para comprobar si el peligro ante el que se ha reaccionado representa un

rec. 458/2016, por no haber evaluado la memoria su impacto sobre la familia— o en el caso del Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil —que fue anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2019, rec. 618/2017, por no haber evaluado la memoria su impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad—.

⁵⁰ La Oficina de Coordinación y Calidad Normativa fue creada por el Real Decreto 771/2017, de 28 de julio, como órgano del entonces Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales —actual Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática— encargado de promover la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno, informando las propuestas normativas remitidas por los departamentos ministeriales y sus organismos adscritos con el alcance descrito en los arts. 26.9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y 2.2 del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa —los cuales se refieren a la calidad técnica y rango de la iniciativa, su congruencia con el resto del ordenamiento jurídico, la necesidad de incluir cláusulas de derogación expresa o de refundir su texto con otras normas vigentes, su contribución al objetivo de reducción de las cargas administrativas o el contenido de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo que las acompaña, entre otros aspectos—.

⁵¹ R. Sánchez Puente, F. Bueno Rodríguez y A. García Vidal (2018), «La evaluación ex ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa», *Revista de Economía ICE*, 907.

⁵² F. Marcos Fernández (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, ha prestado atención a sus posibles causas, subrayando «el tradicional reparto sectorial de las competencias de producción normativa entre distintos organismos y la compleja interacción de los diferentes departamentos partícipes en el proceso de elaboración de las normas».

riesgo con una entidad suficiente para encontrarse efectivamente cubierto por el principio de cautela y si las concretas medidas que se han propuesto son idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto.

Por su parte, la evaluación *ex post* permitirá actualizar la evaluación científica del riesgo que en el pasado justificó la adopción de una serie de medidas restrictivas para la esfera jurídica de los ciudadanos y, sobre la base de esta información actualizada, confirmarlas, derogarlas o modificarlas: confirmarlas si siguen existiendo pruebas científicas no concluyentes de la existencia de un riesgo grave que se percibe como socialmente inaceptable; derogarlas si se ha evidenciado que el riesgo era infundado; y modificarlas si ha quedado acreditado que las medidas empleadas para reducirlo o eliminarlo eran inadecuadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, la evaluación *ex post* todavía se encuentra en un estado de desarrollo embrionario, entre otros motivos, porque el art. 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas fue declarado parcialmente inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo⁵³ y porque la Administración General del Estado se muestra reticente a utilizar este recurso, pese a las previsiones de los arts. 25.2, 26.9.d) y 28.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de su desarrollo reglamentario, contenido en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa^{54, 55}.

⁵³ En su fundamento jurídico séptimo, esta sentencia razona que el art. 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y otros preceptos impugnados, «se refieren al ejercicio, por parte de los gobiernos nacional y autonómico, tanto de la potestad reglamentaria como de la iniciativa legislativa. Se aplican, por tanto, a las iniciativas de rango legal de las Comunidades Autónomas. Invaden por ello las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes».

⁵⁴ Ninguno de estos preceptos impone a la Administración General del Estado la obligación de evaluar los resultados de la aplicación de todas las normas cuya aprobación promueva; simplemente enumeran los criterios a partir de los cuales se tendrá que decidir si la norma proyectada va a ser objeto de evaluación *ex post* —por ejemplo, por suponer un incremento o reducción significativa de cargas administrativas, generar una previsible conflictividad competencial o tener un impacto relevante sobre la economía en su conjunto, sectores económicos destacados, la unidad de mercado, la competencia o las pequeñas y medianas empresas— y los elementos a los que se habrá de extender dicho análisis. De ahí que su implantación, diseño y ejecución no hayan sido susceptibles de control jurisdiccional hasta la fecha.

⁵⁵ En su Memoria del año 2020, el Consejo de Estado ha destacado la necesidad de que la evaluación *ex post* sea objeto de una atención más cuidadosa por parte de las autoridades consultantes, enumerando, a título ejemplificativo, los dictámenes en los que recientemente

No obstante, esta tendencia debería ser revertida. La evaluación *ex post* constituye un instrumento muy útil desde un doble punto de vista: desde una perspectiva jurídica, por cuanto favorece la depuración del ordenamiento jurídico en un marco multinivel en el que la complejidad interordinamental resulta creciente⁵⁶ y la superabundancia normativa preocupante⁵⁷; y desde una perspectiva política, en tanto que ofrece la posibilidad de modificar o derogar la decisión regulatoria que ha resultado desacertada o que ha agotado su virtualidad⁵⁸ y que incluso podría facilitar la consecución de acuerdos en aquellas cuestiones normativas en las que los agentes implicados mantienen tesis divergentes⁵⁹.

En los supuestos en los que la legislación aprobada se fundamenta en el principio de cautela, cabría añadir un argumento adicional: la provisionalidad inherente a las medidas precautorias obliga a articular un mecanismo que permita reexaminarlas y, en su caso, ajustarlas a las conclusiones alcanzadas por la comunidad científica, ya que, en otro caso, se estaría favoreciendo la prolongación de la eficacia de unas soluciones jurídicas que se diseñaron en un contexto de incertidumbre, abocado a verse superado o, al menos, modulado con el transcurso del tiempo, y que pueden haber demostrado su falta de idoneidad para solventar los problemas existentes, su carácter excesivamente gravoso para la ciudadanía o su desproporcionalidad con el fin perseguido.

te se ha recomendado articular el seguimiento de las normas proyectadas (véanse, entre otros, los dictámenes de los expedientes 1065/2018, 468/2020 y 53/2021).

⁵⁶ Autores como A. Ruggeri (2008), «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?», en la Conferencia sobre *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, celebrada en la Università degli Studi di Roma los días 27 y 28 de noviembre de 2008, y A. Pizzorusso (2009), *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Turín: Giappichelli, han puesto de relieve que el desarrollo cuantitativo y cualitativo del derecho internacional, del derecho supranacional y del derecho emanado de formaciones sociales dotadas de autonomía normativa, ha trasladado el centro de gravedad de la teoría de las fuentes del derecho al estudio de las relaciones interordinamentales, cuya articulación no puede pivotar sobre el principio de jerarquía normativa que la Escuela de Viena postulase como principio rector del orden jurídico.

⁵⁷ B. Pendás (2018), «La Ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas», *Revista de las Cortes Generales*, 104, la ha comparado con «una especie de ballena varada en la playa», alertando sobre los efectos adversos de la inflación normativa, que contribuye a la reducción del valor de las normas jurídicas y a la subsiguiente implantación de una «ciudad sin ley».

⁵⁸ A juicio de K. Van Aeken (2011), «From vision to reality: Ex post evaluation of legislation», *Legisprudence*, 5, 1, ello puede ayudar a combatir la indiferencia que la ciudadanía siente hacia el bien público en las sociedades contemporáneas.

⁵⁹ En palabras de F. De Montalvo Jääskeläinen (2016), «Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente», *Revista de las Cortes Generales*, 97-99, la evaluación de resultados «pudiera servir como instrumento para facilitar el consenso en este nuevo panorama de parlamentos fragmentados o multipartidistas al que parecen enfrentarse de manera inestable nuestras democracias».

III. UN EJEMPLO PRÁCTICO DE ESTAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS: LA INCLUSIÓN DE LAS POBLACIONES DE «CANIS LUPUS» LOCALIZADAS AL NORTE DEL DUERO EN EL LISTADO DE ESPECIES SILVESTRES EN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ESPECIAL

El 21 de septiembre de 2021, el *Boletín Oficial del Estado* publicó la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, por la que se modifica el Anexo del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, con la finalidad de incluir en su seno las poblaciones de lobo ibérico ubicadas al norte del Duero. Esta norma constituye una clara manifestación de la relevancia que el principio de precaución está adquiriendo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, especialmente en el nuestro, y, por ello, representa una excelente oportunidad para medir la aplicabilidad de las reflexiones teóricas efectuadas con anterioridad a la realidad práctica.

El Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial es uno de los instrumentos por medio de los que la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad canaliza la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre⁶⁰. A tenor del art. 56.1 de este cuerpo normativo, el titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, previa consulta a las comunidades autónomas, incorporará a dicho listado las especies, subespecies y poblaciones merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, por su singularidad, rareza o grado de amenaza, así como aquellas que figuren como protegidas en los anexos de las directivas y los convenios internacionales ratificados por España. Lo que determinará la aplicación de las

⁶⁰ El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, realizado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, articula la protección de la biodiversidad —concebida como la variabilidad de los organismos vivos de cualquier fuente— en torno a tres ejes: la conservación *in situ* y *ex situ*, es decir, dentro y fuera de los ecosistemas y hábitats naturales de las especies silvestres o de los entornos en los que las especies domesticadas o cultivadas hayan desarrollado sus propiedades específicas; el uso sostenible de los recursos biológicos; y el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, en los términos fijados en el Protocolo de Nagoya y demás tratados internacionales sobre la materia.

Siguiendo su estela, la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad diseña el régimen jurídico básico aplicable a la conservación, el uso sostenible, la mejora y la restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, al amparo de la competencia que el art. 149.1.23ª de la Constitución reserva al Estado en materia medioambiental. En el capítulo I del título III, instrumenta la conservación *in situ* de la diversidad biológica fundamentalmente a través del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, el Catálogo Español de Especies Amenazadas y las figuras de protección que, en su caso, establezcan las comunidades autónomas.

prohibiciones y garantías de conservación enunciadas en el art. 57 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tales como la prohibición de capturar o dar muerte a los animales protegidos o la obligación de implantar un sistema de control de capturas o muertes accidentales.

El lobo ibérico, en concreto, es una especie silvestre sometida a un régimen de protección bifronte. Las poblaciones que viven al sur del Duero tienen la consideración de especie de interés comunitario para cuya conservación es preciso designar Zonas Especiales de Conservación y adoptar medidas de protección estrictas, conforme a lo previsto en los anexos II y IV de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. En consecuencia, en cumplimiento del derecho de la Unión Europea, fueron incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial a través de la Orden TEC/596/2019, de 8 de abril.

Por el contrario, las poblaciones que viven al norte del Duero son una especie de interés comunitario cuya explotación puede ser objeto de medidas de gestión, con arreglo a lo establecido en el art. 14 y el anexo V de la directiva hábitats. Por consiguiente, su incorporación al Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial no venía exigida por el derecho de la Unión Europea, sino que constituía una decisión particular del Reino de España, amparada en el margen de discrecionalidad que le confería la directiva hábitats —la cual recoge una regulación de mínimos que los Estados miembros pueden mejorar o reforzar libremente—.

Ahora bien, la inclusión de una especie en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial no es una decisión libérrima; el titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en tanto que órgano competente para acordar la incorporación, debe justificar que existe «información técnica o científica que así lo aconsej[a]» (art. 56.2 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) o, más concretamente, que las especies «ha[n] sido descritas taxonómicamente en una publicación científica de reconocido prestigio y ha[n] sido consensuadas por la comunidad científica» (art. 6.6 del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas).

La efectiva concurrencia de este presupuesto fue muy debatida durante el procedimiento de elaboración de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre. Tal y como se desprende del Dictamen del Consejo de Estado 733/2021⁶¹, las comunidades autónomas con una mayor densidad de lobo ibérico en sus respectivos territorios —a saber, Asturias, Cantabria, Castilla y León y Galicia— y las organizaciones representativas del sector agrícola y ganadero negaban que hubiese una base científica suficiente para modificar el estatuto jurídico de las poblaciones localizadas al norte del Duero y defendían la eficacia de los planes

⁶¹ El texto íntegro de este dictamen puede ser consultado en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-733>.

autonómicos de gestión, que habían logrado aumentar los ejemplares de lobo ibérico asentados en el noroeste peninsular; mientras que las asociaciones ecologistas y la mayoría de los particulares que intervinieron en el trámite de participación pública sostenían que la información científica disponible aconsejaba dotar a todas las poblaciones de lobo ibérico de una protección mayor mediante su incorporación al Catálogo Español de Especies Amenazadas⁶².

En definitiva, parecía existir cierta incertidumbre científica acerca del estado de conservación del lobo ibérico al norte del Duero y la subsiguiente conveniencia de someterlo a un régimen de protección especial, lo que favorecía la entrada en escena de la precaución como principio rector del proceso de toma de decisiones. Asimismo, parecía subyacer un conflicto entre dos intereses contrapuestos, la protección del medio ambiente y la defensa de la ganadería extensiva —que frecuentemente sufre los ataques del lobo ibérico y, por lo tanto, reclama mecanismos para evitarlos, repelerlos y/o compensar sus efectos adversos—, lo que reforzó la relevancia del principio de proporcionalidad como canon de ponderación de las medidas restrictivas susceptibles de ser adoptadas.

En este contexto, las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de la orden ministerial de inclusión de las poblaciones de lobo ibérico ubicadas al norte del Duero en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial han cobrado especial importancia.

La evaluación *ex ante*⁶³, en primer lugar, ha permitido:

i) describir la base científica que fundamenta la incorporación propuesta por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y que, por ende, justifica la oportunidad de la aprobación de la norma⁶⁴;

⁶² De acuerdo con el art. 58.1 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, el Catálogo Español de Especies Amenazadas comprende los taxones o poblaciones cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando —especies en peligro de extinción— y los que corren el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellos no son corregidos —especies vulnerables—. Unas y otras están sujetas a las medidas de protección contempladas en el art. 59 de la citada ley.

⁶³ La Memoria del Análisis de Impacto Normativo que originariamente acompañaba a la orden proyectada no cumplía satisfactoriamente su cometido. Por ello, la Comisión Permanente del Consejo de Estado acordó devolver el expediente a la autoridad consultante para que incorporase al mismo cierta documentación que se consideraba necesaria para dictaminar el asunto, en los términos que quedaron reflejados en el apdo. III del antecedente segundo del dictamen sobre el expediente 733/2021. Entre la documentación remitida en cumplimiento de esta petición de antecedentes, figuraban una nueva Memoria y un informe *ad hoc* sobre los planes de gestión del lobo en España y la pertinencia científico-técnica de la inclusión de todas las poblaciones en el Listado Español de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial.

⁶⁴ En la documentación complementaria antes citada, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico explicaba que el estancamiento de la población de lobo ibérico observada en los últimos años y la congelación de su área de distribución existiendo há-

- ii) analizar las principales alternativas regulatorias existentes, exponiendo los motivos por los que se ha considerado que el régimen de protección anteriormente vigente, articulado en torno a los planes autonómicos de gestión de la especie, es insuficiente⁶⁵;
- iii) evaluar el impacto que la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, previsiblemente tendrá en diferentes ámbitos, singularmente en el campo económico, dada su incidencia sobre la ganadería extensiva⁶⁶, y en materia medioambiental, al ser su finalidad la protección de la biodiversidad;
- iv) y explicar las razones por las que se estimaba que la entrada en vigor de la disposición reglamentaria no podía ser retrasada hasta que el censo nacional del lobo fuese actualizado y la nueva estrategia para su gestión y conservación aprobada⁶⁷.

bitats adecuados para su desarrollo más allá del noroeste peninsular, habían determinado que en el último informe sexenal de evaluación remitido a la Comisión Europea, el estado de conservación de esta especie fuese calificado como «desfavorable inadecuado-U1» en las tres regiones biogeográficas españolas en las que se encuentra —la alpina, la atlántica y la mediterránea—; y que, por ende, fuese necesario promover un cambio del modelo de gestión que las comunidades autónomas principalmente afectadas habían aplicado hasta la fecha, priorizando las acciones preventivas con virtualidad para minimizar los daños causados al ganado en extensivo —entre otras, las recogidas en el Catálogo de medidas de protección de la agricultura y la ganadería publicado en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico— y garantizando el carácter selectivo de las medidas de extracción de ejemplares que excepcionalmente se autorizasen.

- ⁶⁵ Para conseguir un cambio en el modelo de gestión de la especie, la autoridad consultante estimaba que resultaba imprescindible someter todas las poblaciones de lobo de la Península Ibérica, con independencia de su ubicación, al régimen de protección especial que la inclusión de una especie en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial conlleva. Ello permitiría, en primer lugar, acomodar el régimen jurídico-administrativo del lobo a su realidad biológica, puesto que, en puridad, el lobo constituye una única población continua en toda España y, como tal, merece ser objeto de un sistema de protección uniforme en todo el territorio nacional; en segundo lugar, posibilitaría un tratamiento equitativo de las medidas preventivas, indemnizatorias y extractivas que se adopten para evitar y paliar los daños que las manadas de lobo eventualmente ocasionen a la ganadería; y, en tercer lugar, equipararía la normativa española a la de la mayoría de los países de nuestro entorno, donde la especie suele encontrarse estrictamente protegida.
- ⁶⁶ En la Memoria se indicaba que la modificación del estatuto jurídico del lobo previsiblemente carecería de impacto negativo sobre la actividad agrícola y ganadera, ya que, tratándose de una especie territorial, que defiende un área determinada de campeo, y manteniéndose los recursos tróficos disponibles al mismo nivel, resulta muy difícil que la densidad poblacional se incremente en aquellas zonas del territorio nacional en las que ya exista un elevado grado de ocupación de la especie; lo normal será que la reducción de la mortandad derivada de la mayor protección legal del lobo desemboque en una mayor dispersión de las manadas, con colonización de áreas en las que la especie ha desaparecido, y que, de este modo, mejore el estado de conservación del lobo y que no se incrementen los daños que este causa al ganado.
- ⁶⁷ A este respecto, se aducía que las órdenes ministeriales que, con anterioridad, habían actualizado el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y el Catálogo

Al abordar estas cuestiones, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo no examinaba expresamente si las medidas proyectadas cumplían de manera adecuada las exigencias derivadas de los principios de precaución y de proporcionalidad, como hubiera sido deseable, pero parecía tomarlos en consideración en su argumentación y conclusiones: de su lectura se desprendía que diversos estudios científicos demostraban que las poblaciones de lobo ibérico ubicadas al norte del Duero se hallaban en una situación de peligro, que la gestión de dicho riesgo precisaba la adopción de medidas de conservación *in situ* y que, entre los instrumentos que el ordenamiento jurídico ponía a disposición de los poderes públicos a tal efecto, el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial resultaba el más apropiado para alcanzar el fin propuesto, en la medida en que imponía a la ciudadanía en general y a los titulares de las explotaciones ganaderas en particular sacrificios proporcionales a la finalidad de protección efectiva de la especie que se pretendía lograr.

En términos de estricta legalidad, ninguna objeción cabía oponer a la aprobación de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre⁶⁸. No obstante, atendiendo a criterios de oportunidad técnica y a los principios de buena regulación que deberían presidir la acción normativa del Gobierno, la reforma entonces proyectada era susceptible de mejora, al menos por tres motivos.

Por una parte, se tendría que haber retrasado la adopción de cualquier medida de protección de la especie hasta que se hubiese actualizado el censo nacional del lobo⁶⁹ para que todos los agentes implicados —incluido el propio

Español de Especies Amenazadas habían previsto su entrada en vigor inmediata; que razones de seguridad jurídica aconsejaban materializar las ventajas derivadas de la homogeneización del estatuto jurídico del lobo en España a la mayor brevedad posible; y que la temporada de caza de la especie comenzaba a finales de septiembre.

⁶⁸ Idéntica conclusión alcanzó el Dictamen del expediente 733/2021. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, ha sido recurrida ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y que, por lo tanto, habrá que estar a lo que esta resuelva. De momento, ha denegado la suspensión cautelar solicitada por la Comunidad Autónoma de Cantabria, señalando que «acordar la suspensión de la ejecución de la Orden recurrida, supondría el que el lobo se podría seguir cazando en Cantabria, lo que supondría un daño irreversible e irreparable» y que «los posibles daños al ganado por los ataques del lobo de continuarse con la aplicación de la Orden impugnada, serían perjuicios reparables económicamente, es decir, podrían ser objeto de una indemnización a través de los cauces legalmente establecidos al efecto» (auto de 13 de diciembre de 2021).

Asimismo, se ha de tener presente que el presidente del Gobierno ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 38, apdos. 2.a) y 8, el anexo I.3, inciso «Lobo (*Canis lupus*): al norte del río Duero», el anexo II.4.f) y el anexo IV.2, inciso «Lobo (*Canis lupus*): 6.000 euros ambos sexos» de la Ley 4/2021, de 1 de julio, de caza y de gestión sostenible de los recursos cinegéticos de Castilla y León, invocando, entre otros argumentos, la reciente aprobación de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre. El Tribunal Constitucional lo ha admitido a trámite mediante providencia de 11 de mayo de 2022.

⁶⁹ Sus resultados datan de 2012-2014 y pueden ser consultados en https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/censo_lobo_espana_2012_14pdf_tcm30-197304.pdf.

Gobierno— conociesen el estado real de conservación de la especie y el riesgo concreto al que, en su caso, había que hacer frente en el noroeste peninsular. Así lo hubiese aconsejado un recto entendimiento del principio de precaución.

Por otra parte, se debería haber acometido un examen más riguroso de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas que, en abstracto, se podrían haber tomado para revertir el peligro detectado; especialmente recomendable hubiese sido ofrecer una explicación más sólida de las razones por las que el resultado propuesto —cual era mejorar el estado de conservación de la especie— no se podría haber conseguido con una medida que hubiese incidido en menor medida en la esfera jurídica de los ciudadanos y de los titulares de las explotaciones ganaderas.

Por último, se tendría que haber articulado la medida de conservación *in situ* entonces proyectada con la nueva estrategia para la gestión y conservación del lobo ibérico, todavía pendiente de aprobación⁷⁰, construyendo un auténtico sistema de protección de la especie en el que la coherencia interna de sus elementos y la congruencia del todo con el resto del ordenamiento jurídico quedasen debidamente garantizadas.

La evaluación *ex post*⁷¹, en segundo lugar, brindará la posibilidad de verificar:

- i) si, de conformidad con la información científica actualizada, el estado de conservación de las poblaciones de lobo ibérico situadas al norte del Duero ha empeorado, se ha estabilizado o ha mejorado tras su inclusión en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial;
- y ii) si los eventuales perjuicios soportados por los agentes del sector ganadero como consecuencia de la aplicación de las prohibiciones y garantías de conservación establecidas en el art. 57 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tal y como han sido moduladas por la disposición adicional primera de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, son excesivos o proporcionados a la finalidad perseguida, atendiendo a su grado de cumplimiento.

En su versión definitiva, la disposición adicional primera de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, declara que «[l]as medidas de extracción y captura de ejemplares que hayan adoptado los órganos competentes de las Comunidades Autónomas con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden, podrán

⁷⁰ Esta estrategia fue aprobada por la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente el 29 de enero de 2005, puede ser consultada en https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/publicaciones/estrategialobo2018_tcm30-197265.pdf y actualmente se encuentra en proceso de revisión.

⁷¹ En virtud de los arts. 56.3 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y 9.4 del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, la inclusión de una población en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial conllevará la evaluación periódica de su estado de conservación con una periodicidad mínima de seis años.

seguir siendo de aplicación, siempre que se ajusten a las condiciones y a las limitaciones previstas en el art. 61.1.b), c) y d) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y en la Estrategia de conservación y gestión del lobo (“*Canis lupus*”) en España» (apdo. 1); y, a continuación, concreta los criterios que deberán concurrir en las autorizaciones de extracción y captura concedidas por los órganos autonómicos competentes para que se entienda cumplido ese principio general (apdo. 2)⁷². Con ello, el regulador ha intentado modular los efectos adversos que una aplicación excesivamente rígida de las restricciones inherentes a la inclusión de todas las poblaciones de lobo ibérico en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial podría conllevar para la cabaña ganadera que mora al norte del río Duero, protegiéndola de modo indirecto.

Sus propietarios podrían beneficiarse, además, de la garantía patrimonial del instituto de la responsabilidad patrimonial: una reciente jurisprudencia, sentada por las sentencias de Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2019, rec. 141/2019, y de 11 de febrero de 2020, rec. 147/2019, ha matizado que, dado que la finalidad de este instituto es la reparación integral de la situación patrimonial del particular afectado por la actividad administrativa, y que su fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño soportado:

resulta razonable entender que el art. 54.6 de la Ley [...] del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad⁷³, al regular la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre, excluye que esa sola circunstancia pueda invocarse por el perjudicado como título de imputación a la Administración [...] [y que] cuando el precepto excepciona los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica, está aludiendo a una

⁷² Cabe recordar que el art. 61 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad faculta a las comunidades autónomas y a la Administración General del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, a dejar sin efecto las prohibiciones del cap. I del título III de la ley —entre ellas, la prohibición de molestar, perseguir, capturar o dar muerte a los animales protegidos— en determinadas circunstancias —por ejemplo, para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y la calidad de las aguas (art. 61.1.b.), por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico (art. 61.1.c.) y cuando sea necesario por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción o cuando se precise para la cría en cautividad orientada a dichos fines (art. 61.1.d.)—, si no hay otra solución satisfactoria y siempre que ello no suponga perjudicar el mantenimiento de un estado de conservación favorable de las poblaciones en su área de distribución natural y que, en los supuestos contemplados en las letras b) y c), se especifiquen las medidas mediante las que quedará garantizado el principio de no pérdida neta de biodiversidad.

⁷³ Este precepto dispone que «[s]in perjuicio de los pagos compensatorios que en su caso pudieren establecerse por razones de conservación, con carácter general, las Administraciones públicas no son responsables de los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre, excepto en los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica».

actividad administrativa sujeta a previsiones concretas y determinadas para el caso [...] [como sucede con las] especies animales que gozan de singular protección.

En estos supuestos:

[...] la concurrencia de un interés público relevante como es el medioambiental para la conservación y protección de la especie [...] determina que los particulares no puedan adoptar sus propias medidas, pues corresponde a la Administración adoptar aquellas más adecuadas para la conservación del «canis lupus» en esa zona. Y en estas circunstancias, determinadas por la normativa sectorial específica [...] la actuación administrativa se sujeta a la responsabilidad patrimonial por los daños producidos en cuanto no exista un deber de soportarlos y concurran los demás requisitos exigidos al efecto.

Aunque ambas sentencias se refieran a ataques de manadas a explotaciones ganaderas ubicadas en la Comunidad de Madrid, al sur del Duero —donde la inclusión del lobo ibérico en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial deriva del cumplimiento del derecho de la Unión Europea—, en principio su doctrina jurisprudencial resultaría aplicable a los agentes económicos establecidos al norte del Duero, ya que ellos también se han visto privados de la posibilidad de adoptar medidas de protección de su cabaña ganadera tras la entrada en vigor de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre. Si los tribunales confirmaran esta tesis, se daría la paradoja de que el cambio del estatuto jurídico del lobo al norte del Duero podría suponer una mayor garantía patrimonial para los titulares de las explotaciones ganaderas potencialmente afectadas por los ataques de las manadas, desde el momento en que la reparación de los perjuicios que los mismos soporten como consecuencia de tales ataques —a su vez derivados de la gestión del régimen especial de protección implantado por la Administración— no se articulará jurídicamente, al menos exclusivamente, a través de la figura de los resarcimientos públicos, que las propias leyes autonómicas de especies protegidas suelen prever de manera expresa, sino por medio de la institución de la responsabilidad patrimonial⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

El elevado grado de desarrollo científico y técnico alcanzado en las últimas décadas ha propiciado el «fin de las certidumbres» en el seno de la comunidad

⁷⁴ Como se deduce de los dictámenes de los expedientes 1.642/2008 y 1.634/2011, los resarcimientos no descansan en la lógica de la imputabilidad y la indemnidad, sino en la de la compensación de los daños causados por un tercero ajeno a la Administración, con base en el principio de solidaridad social. Su alcance es, por ende, mucho más limitado, puesto que dependen de un reconocimiento normativo expreso y que su cuantía no tiene que reparar íntegramente los daños sufridos.

científica y la subsiguiente instauración del reino de las probabilidades: la ciencia ya no puede ofrecer a los poderes públicos una base sólida sobre la que ejercer la función decisoria que les es propia. Pero, como el ejercicio del poder se traduce en el diseño y ejecución de políticas públicas con virtualidad para solventar los problemas de la ciudadanía y como la potencialidad lesiva de las amenazas actualmente existentes exige rapidez y anticipación en el proceso de toma de decisiones, jurídicamente se han articulado dos principios para gestionar los riesgos librados por la modernización de las fuerzas productivas: el principio de prevención y el principio de precaución o cautela.

El principio de precaución permite adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de los riesgos que se pretenden conjurar; representa una garantía de que el regulador tomará en consideración la información científica disponible sobre una actividad potencialmente peligrosa y, sobre la base de los resultados de tal evaluación y de las alegaciones de los interesados, decidirá si adopta o no medidas restrictivas para los derechos y libertades de los ciudadanos.

El resultado de su aplicación —las medidas restrictivas que, en abstracto, cabría implantar— tiene que ser tamizado por el principio de proporcionalidad, que obliga a descartar aquellas intervenciones públicas que no sean idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto, esto es, que no se muestren aptas para impedir la materialización del evento lesivo, que no sean las menos restrictivas para la esfera jurídica de los particulares y los operadores económicos de entre todas las posibles o que vayan a revertir un riesgo que no posea una entidad suficiente para justificar las prohibiciones y/o limitaciones que vayan a establecerse de manera precautoria.

El carácter difuso y cambiante del entorno de incertidumbre en el que el principio de precaución opera —el cual incide de forma refleja en la ejecución del test de idoneidad— y el rigor con el que se deben ponderar los bienes jurídicos presentes en este tipo de situaciones bajo la óptica del principio de proporcionalidad, elevan a un primer plano la función de las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas cuya aprobación se basa en el principio de cautela. La evaluación *ex ante* dará la posibilidad de examinar la información científica disponible y, con ello, contribuirá a asegurar que el peligro ante el que se ha reaccionado supera el umbral de riesgo socialmente inaceptable, por debajo del cual no estaría justificado actuar, y que las medidas que se han propuesto para mermarlo son proporcionadas. Mientras que la evaluación *ex post* permitirá actualizar la evaluación científica del riesgo que en el pasado justificó la adopción de una serie de medidas restrictivas para los derechos y libertades de los ciudadanos y, sobre la base de esta información actualizada, confirmarlas, derogarlas o modificarlas.

Ambos instrumentos constituyen un complemento indispensable para el principio de precaución, en tanto que garantizan su efectiva vinculación con el principio de proporcionalidad, evitando que el margen de discrecionalidad con el que los poderes públicos han de contar durante el proceso de toma de decisiones regulatorias se torne en arbitrariedad prohibida, que el entorno de incertidumbre científica

sea utilizado para privar a las soluciones normativas adoptadas de una motivación suficiente que demuestre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*.

El automatismo con el que los poderes públicos suelen cumplir los compromisos asumidos en materia de buena regulación debe ser abandonado: ni la redacción de las memorias del análisis de impacto normativo puede ser concebida como un mero trámite formal a cumplimentar, ni la evaluación de los resultados prácticos de la aplicación de las disposiciones normativas puede seguir constituyendo una técnica exótica en nuestro ordenamiento jurídico. La tendencia apuntada en primer lugar está siendo revertida como consecuencia, fundamentalmente, de la creciente relevancia que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo está atribuyendo a las memorias en el enjuiciamiento de la legalidad de las disposiciones reglamentarias. Correlativamente, la reversión de la tendencia descrita en segundo lugar requeriría que el legislador configurase la evaluación *ex post* como un trámite de cumplimiento preceptivo, al menos en determinadas circunstancias —singularmente, en situaciones de incertidumbre científica—, para que los órganos jurisdiccionales pudiesen comenzar a controlar su eventual omisión o inadecuada ejecución.

La inclusión de las poblaciones de lobo ibérico situadas al norte del Duero en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial demuestra que, en efecto, es necesario que la Administración extreme el celo al evaluar las normas jurídicas que proyecta aprobar, garantizando la debida observancia del principio de precaución —que aconsejaba retrasar la aprobación de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, hasta que el censo nacional de la especie fuese actualizado— y del principio de proporcionalidad —que hacía conveniente examinar de forma más rigurosa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida propuesta y, en especial, la inutilidad de los planes autonómicos de gestión o de cualesquiera otras medidas menos restrictivas para proteger eficazmente la especie en el noroeste peninsular—.