

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercé; ESTEVE PARDO, José; INDRA SPEICHER geb. DÖHMANN (Directores), “Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Sao Paulo, 2015, pags. 356.



El título del libro resulta ilustrativo por sí mismo: tenemos, se quiera o no, unos datos de hecho que son nuevos (la incertidumbre científica y la globalización económica) y hay que estudiar cuales son o han sido al respecto las “estrategias del Derecho”.

La respuesta, a estas alturas de la película, no nos debe sorprender: tecnificación, privatización, autoregulación, despolitización, internacionalización. Y, como en todo cambio, hay víctimas que se quedan por el camino: aquí, los esquemas democráticos por así decir convencionales de cada uno de los Estados, con su correspondiente Parlamento representativo como *dominus* de la producción normativa.

Es ese el intrínquilis del asunto, verdaderamente transcendental, aunque muchas veces no caigamos en él de puro obvias que son las cosas, que se analiza y expone en este libro colectivo, de autoría hispano-alemana. Son cinco partes o capítulos con un total de 16 Ponencias, luego de una breve “Introducción al contenido y sistemática de la obra”. En definitiva, que la ciencia -no se menciona en ningún momento a Werner Heisenberg, pero sus tesis resuenan a lo largo de todo el texto- ya no ofrece la certidumbre que algunos (en particular, el sistema institucional, con los políticos a la cabeza, aunque no sólo) necesita para poder tomar decisiones con conocimiento de causa.

Veamos el contenido.

La Primera de las cinco partes, “Derecho y poder público ante la incertidumbre”, consta de dos trabajos, a cargo de reconocidos especialistas -un español y una alemana- en la materia, que en buena medida sintetizan las opiniones que ya habían expresado en ocasiones anteriores. José Esteve Pardo (“Decidir y regular en la incertidumbre”), acaba reivindicando en ese contexto el modo “clásico” de proceder -las presunciones, por ejemplo, ante el hecho de una persona desaparecida- de los juristas. Por su lado, Indra Speicher geb. Döhmann (“Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación”) parte de proclamar dos evidencias: a) que el conocimiento es “condición previa de toda capacidad de actuación” y b) que se trata de algo sencillamente dinámico.

Termina desembocando, como era de esperar, en el hecho (tozudo) de que hoy se impone la autorregulación, aunque sin dejar de apuntar algunos de sus problemas.

La segunda parte (“La Unión Europea ante la incertidumbre científica”) se compone de cuatro ponencias aunque -al menos tres de ellas- con un objeto específico o sectorial y, por ende, con un alcance básicamente descriptivo. Oriol Mir Puigpelat (“¿Autoregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo”) presenta un magnífico trabajo de Derecho comparado entre Estados Unidos (pro) y Europa (contra). Antonio Eduardo Embid Tello (“Retos de la relación ciencia-derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea”) distingue, dentro del análisis de riesgos, los conceptos -y fases- de evaluación (a cargo del científico) y gestión (que, por el contrario, ya es el cometido del político), para terminar postulando que lo primero no sólo se “procedimentalice” (vaya un palabro) sino también que se juridifique, y ello “como una garantía de que la evaluación es gobernada por el interés público”, lo cual resulta necesario porque, al cabo, “el científico, al evaluar un riesgo, está ejerciendo determinadas funciones públicas”. Lourdes de la Torre Martínez (“El fomento de la neutralidad política de los expertos y la cooperación transnacional de entidades reguladoras. La regulación europea en materia de comunicaciones electrónicas”) disecciona las normas continentales que sobre la materia se dictaron en 2009 y en particular, dando por cierto que en cada Estado debe haber un regulador -bien es verdad que en coordinación con sus colegas-, estudia su exigencia de que sea independiente (“desideologizado”, incluso). En fin, Antonio Marti del Moral (“La neutralidad política de los expertos en las autoridades reguladoras y la cooperación europea en el mercado interior del gas y de la electricidad”) hace lo propio con esos dos últimos sectores, suscribiendo a modo conclusivo la opinión generalizada de que “la tendencia del Derecho comunitario europeo en materia de energía a crear autoridades reguladoras independientes y fortalecer sus poderes produce tensiones de diversa índole derivadas de un alejamiento del principio jerárquico y de la legitimación parlamentaria en los Estados miembros”.

La tercera parte (“Autorregulación Supranacional de decisiones jurídicas complejas”) se abre con la Ponencia de Marc Tarrés Vives (“El papel de la normalización institucional en el contexto de la seguridad del comercio de productos”), que tiene como eje la noción, mucho más resbaladiza de lo que en teoría pudiera pensarse, de “coactividad” de las normas (las normas técnicas, en concreto), como alternativa frente a su voluntariedad. Y denuncia el actual “discurso deslegitimador de lo público”, para acabar manifestando que en eso precisamente consiste “el gran reto que debe afrontarse desde los Estados en un momento que debiera ser de transformación, no de claudicación, de lo público”. Gabriel Doménech Pascual es el que viene a continuación (“No del todo fiables. Organizaciones privadas de expertos y regulación del riesgo. El caso de los campos electromagnéticos”) y, como se atisba desde el propio rubro, el más combativo con el nuevo orden de cosas. Pone de relieve que, entre otros conjuros, si los científicos están tan expuestos a la presión de la parcialidad como los políticos, “pueden sostenerse razonablemente que, en una democracia, el peligro de que esto ocurra es mayor en el caso de los expertos que en el de las autoridades públicas”. A saber: “Y ello, principalmente, por la razón de que la elección de estas autoridades mediante sufragio libre y universal tiende a garantizar que las mismas tratan de adoptar decisiones que satisfagan los intereses de la mayoría de los ciudadanos si quieren ser reelegidas y seguir gobernando”. Y en la tecnocracia de expertos privados -en concreto, la Comisión Internacional para la Protección contra Radiaciones no ionizantes, la ICNIRP- los gremios suelen tener una composición excesivamente homogénea, propiciada por los sistemas -v. gr.,

de cooptación- empleados para designar a sus miembros. Esta falta de pluralidad tiende a reducir la cantidad y la calidad de la información que se tomará como base para deliberar y emitir juicios en las materias de su competencia, a sofocar el diálogo crítico y a producir resultados extremos, polarizados en la dirección a la que apuntan los sesgos dominantes en los miembros del grupo”. En fin, la siguiente y última Ponencia del Capítulo es la de Francisco B. López-Jurado, con el título de “Efectos de riesgo sistémico sobre la regulación del tráfico aéreo”. Estudia lo sucedido en su momento tras la desdichada erupción del volcán islandés de nombre impronunciable y vuelve a disertar sobre lo teórico y lo fáctico en la noción de coactividad de las normas.

La cuarta parte vuelve a presentar un alcance más general, por así decir, como por lo demás se desprende de su propio encabezamiento: “El discurso de la autorregulación en la sociedad global del riesgo”. M. Mercé Darnaculleta i Gardella, cuyo extenso *curriculum* en la materia es conocido, se recrea con una presentación de largo aliento (“Autorregulación normativa y derecho en la globalización”) que empieza recordando que el procedimiento administrativo, “en su concepción más clásica”, está diseñado para “la obtención y la gestión de la información necesaria para despejar incertidumbres en la toma de decisiones públicas”, siendo así que, sin embargo, hoy “el conocimiento experto se encuentra principalmente extramuros del Estado” y, además, no se halla nacionalmente acantonado. Ello nos ha llevado a una autorregulación que, por supuesto, es cada vez más internacional. Y cuyos contenidos - los *estándares*- tienen “efectos vinculantes *de facto*”. La autora pone sobre la mesa el déficit que ahí se embosca (no hay “control ni responsabilidad alguna”) y reclama, a modo de garantía para los destinatarios y para el interés general, la aplicación, por vía de extensión, del arsenal que ha ido gestándose en los Derechos Administrativos nacionales. Por su parte, Claudio Franzius (“Autorregulación regulada como estrategia de coordinación”) formula un discurso en el que se topa uno, entre otras muchas cosas, con el concepto de “Estado garante” y con la noción, típicamente alemana y no sólo propia de los juristas, de “dirección” -como tarea de ese Estado- o de “poder o facultad de dirección”. Peter Collin (“El marco histórico y el impulso de la autorregulación social de riesgos”), trae a colación interesantes datos de la historia alemana y en singular prusiana: las comisiones de farmacopea para los medicamentos; los avatares de la caldera de vapor; la experiencia de los ingenieros como autores de normas a finales del siglo XIX (sobre todo, en materia de seguridad para instalaciones eléctricas); “la lucha por la canalización” de las aguas como defensa frente a la contaminación; y, por último, “la regulación de los ríos”. La conclusión es nada menos que “la marcha triunfal de la idea de la autoadministración” a partir de mediados del siglo XIX. Triunfal, sí, “porque la práctica totalidad del espectro político la tematizaba de un modo positivo, si bien pensando en diferentes direcciones: el centro católico y la socialdemocracia, con la intención de mantener el Estado alejado de la organización del propio entorno; la izquierda liberal, con un carácter abstencionista, decididamente económico liberal; Bismarck, como opción del *Ständestaat* [Estado estamental], a fin de independizarse aún más de la legislación parlamentaria. Y, por su lado, la filóloga Lara Elena Knop (“¿Existe un discurso sobre la autorregulación? Sobre la semántica del concepto”) se dedica a exponer las diversas nociones existentes para concluir que “no se trata en ningún caso de un concepto que se ofrezca a las ciencias administrativas para afrontar la problemática del saber o no saber”; menos aún, y ya desde la perspectiva de los juristas, estamos ante “un concepto del que el

Derecho administrativo puede servirse sin más para tratar de la problemática del conocimiento o desconocimiento”.

La quinta y última de las partes del libro lleva el ambicioso nombre de “El debate sobre la legitimación en la era global”. Ahí se encuentra, de entrada, una contribución de nuestro Javier Barnés con el título, expresivo por sí mismo, “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y procedimiento”, con estudio singularizado de la ICANN (“la gobernanza técnica de Internet”), las nada simpáticas agencias de calificación crediticia y, en fin, la *Advertising Standard Authority*. Termina declarando que “el procedimiento y la organización constituyen instrumentos estratégicos y estructurales de la participación privada, sea en tareas regulatorias (cuyo objeto sea regular otros sujetos privados o en ocasiones también públicos), o sea en actividades prestacionales de interés general”. De ello se desprende que “reclama y requiere la aplicabilidad de principios y reglas *de inspiración pública* en el plano de la organización y procedimiento privados, en la medida en que ambos elementos condicionen la toma de decisiones, y forman parte de un conjunto o cadena, ya que las políticas públicas constituyen cada vez más un mosaico de piezas, públicas y privadas, entremezcladas, y con interacción y efectos recíprocos”. En fin, se vuelve a mirar al legislador (los Parlamentos, debe entenderse) para reivindicar su papel de “reconocer o atribuir *-delegación-* esa función, así como determinar qué elementos de la organización y del procedimiento cabe exigir en cada caso para ahormar las actividades de los sujetos privados a las exigencias de los principios democráticos y de Estado de Derecho, que representan el fundamento último de ese trasvase o proyección”. En segundo lugar aparece Anna García Homm, de profesión socióloga, que aporta su “Recordando el futuro: gobernanza anticipatoria en tecnologías emergentes”, con singular atención en las nanotecnologías y que concluye con una llamada a la participación activa de todos los *stakeholders*. Y, para terminar, el filósofo Jan Obrcaj se plantea los temas más de fondo: “La despolitización de la legitimación. Democracia entre sustitución y deliberación”. Volvemos a lo de siempre: la política (la *vieja*, por así decir) ha dejado (ya) de valer pero de lo nuevo no deberíamos (todavía) fiarnos. Sus reflexiones se apoyan en el famoso análisis sociológico del Derecho de N. Luhmann.

Hasta aquí, la exposición, quizá demasiado breve, del riquísimo contenido de los 16 trabajos: los hay de españoles y de alemanes, todos ellos juristas con la única excepción indicada.

Por supuesto que, como sucede en toda obra colectiva (y más si en los temas objeto de análisis, por su originalidad, no existe un cuerpo doctrinal consolidado), y heterogéneos, pese a que los autores se han disciplinado (y bien que lo agradece el lector) para respetar unos mismos criterios formales, especialmente visibles, por ejemplo, en el hecho de que, salvo en un caso, siempre se termina con una sección específica de “Conclusiones”. Heterogeneidad en lo cualitativo -unos trabajos son mejores que otros- y también en el tono, porque, aunque casi siempre se mezcla lo descriptivo -la nueva situación- con lo que constituye una crítica de la misma, esta última aparece formulada con diferentes intensidades y de distintas maneras. La línea general es, desde luego, la que se desprende de cuanto se ha expuesto: la técnica ha llegado al mundo del derecho y lo ha colonizado, pero eso resulta problemático desde muchas perspectivas, que en última instancia nos reconducen a lo que está sucediendo -nada bueno- con la democracia representativa de orden nacional.

De esa línea de pensamiento hay que decir que no resulta nueva: denunciar las consecuencias negativas de la técnica es algo que se lleva haciendo (no sin razón) desde, al menos, que en 1816, es decir, recién iniciada la (primera) revolución industrial, la de la máquina de vapor, y con la electricidad aún científicamente en mantillas, Mary Schelley escribiera su famosa novela “Frankenstein” (con el locuaz subtítulo, por cierto, del “moderno Prometeo”) para poner de relieve que el progreso científico puede terminar dando lugar a monstruos que escapan al control de sus propios autores. Qué no decir, un siglo largo después, de las asfixiantes reflexiones de Martin Heidegger al respecto.

Y hoy nadie ignora que el grueso de la investigación, lejos de estarse desarrollando por seres individuales arcangélicos (una especie de eunucos económicos, por así decir) depende de empresas cuyas políticas obedecen desde el primer momento a las implacables reglas del vil metal. Sin el menor lugar para el sentimentalismo o ninguna otra cosa.

En ese sentido, las denuncias que constituyen la línea directriz de la mayoría de las 16 ponencias -en última instancia, una visión *conspiratoria* de las cosas- están llenas de fundamento. Aunque quizá el lector pueda quejarse de que lo que constituye el modelo alternativo (la democracia representativa, los Parlamentos, el Estado de Derecho, el procedimiento administrativo y demás figuras, todo ello además en su configuración más clásica) sea objeto de una exposición abiertamente idealizada. Como si -no sólo en España, porque en todas partes cuecen habas, aunque entre nosotros haya cocineros que verdaderamente se esmeren- no existieran hombres de carne y hueso, con sus intereses y sus pasivos (y sobre todo su desconocimiento de las cosas en muchas ocasiones). Como si esas instituciones no estuvieran colonizadas (se pueden emplear otras palabras más rotundas, pero prefiero quedarme ahí) por unas organizaciones tan indispensables pero, ay, tan llenas de defectos como los partidos políticos. En particular como si esos partidos se financiaran respirando el oxígeno del aire y sin contrapartida alguna; y como si designaran a las personas que ocupan sus cargos en base al mérito y la capacidad (en definitiva, el conocimiento) y no por motivos ideológicos o de lealtad personal, el famoso *clientelismo*; como sí, en definitiva, el mundo no fuera como realmente es.

Sobre ello se guarda en el libro un púdico silencio: todo es *corrección política*. Con la consecuencia de que el cotejo entre las dos cosas no resulta simétrica: la realidad de las empresas privadas no se compara con otra realidad (la vida pública, sobre todo en sus niveles más abiertamente políticos), sino con un ideal. Bajo tales planteamientos (el inmisericorde hombre de Hobbes en un lado y el beatífico San Francisco de Asís en el otro), el punto de llegada -lo uno malo, lo otro bueno- está cantado desde el primero de los momentos.

Pero que el amable de lector de estas líneas no se llame a engaño sobre mi opinión: estamos ante un libro importantísimo y muy valioso. Para haberlo escrito (y, antes aún, para haberlo simplemente concebido) hace falta que en los autores concurren dos atributos que, si raros cada uno de ellos por sí mismos, para verlos mezclados hace falta algo casi tan infrecuente como una conjunción astral: el talento y el valor. Talento para detectar la situación (y hacerlo además con los ojos del científico social) y valor para intentar desentrañarla con las armas, nada actualizadas y siempre llenas de ingenuidad, cuando no abiertamente de candor, del jurista, por mucho que se haya tomado la molestia de salir de su proverbial autismo intelectual

-a veces incluso rayando en el aislamiento de los eremitas: ni tan siquiera al cenobio llegan- e incursionar por otras ramas del saber.

Llega la hora de concluir estas líneas. Con una palabra de recomendación para el lector, sobre todo si es un investigador del Derecho y vive en la reseca y desdichada piel de toro: es un libro que hay que estudiar. Subrayando cada línea, aunque sea a veces para discrepar de su contenido o al menos formularle algunos reparos.

Y otra cosa, que puede servir quizá para compensar el mensaje de autoflagelo patrio que se embosca en lo que se acaba de exponer: entre los 16 trabajos los hay, reitero, de diferente nivel de profundidad y rigor. Pero, si hacemos la media por nacionalidades, y aparte de constatar en hecho obvio de que ellos propenden más a la abstracción (no en vano la filosofía y la música son lo suyo), el resultado del parangón no es precisamente desfavorable para los nuestros. En los rankings internacionales de Universidades no solemos salir bien parados, y si acaso se trata de Facultades de Derecho peor aún. Pero, a la vista de lo que uno puede comprobar con sus propios ojos precisamente en libros como éste, el problema debe estar en quienes elaboran el ranking. O en quienes lo aplican.

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Politécnica de Madrid