

RECENSIONES

José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, 211 págs.

Los seres humanos vivimos rodeados de tecnología y desarrollamos nuestras actividades sirviéndonos de los avances que nos proporciona la ciencia. Nuestras vidas se encuentran tan subordinadas a la tecnología que nos resultaría imposible vivir de otra manera. *El desconcierto del Leviatán*, la última obra del profesor ESTEVE, nos invita a meditar sobre cómo los avances científicos y tecnológicos colocan al Derecho en una situación comprometida y desconcertante: tener que adoptar decisiones en asuntos con alto contenido científico y técnico, cuyo sustrato, su presupuesto de hecho, desborda al conocimiento jurídico.

La relevancia de la ciencia para el Derecho cristaliza en el combate que éste libra con la incertidumbre a la hora de tomar decisiones jurídicas. La ciencia es hoy la fuente principal de generación de incertidumbres y el propio conocimiento científico se reconoce inseguro en muchos de los frentes por los que avanza. En estas situaciones de incertidumbre, los modos de decisión propios del Derecho no se están aplicando. Esta constatación lleva al profesor ESTEVE a fundamentar una denuncia necesaria en relación con un tema crucial, vital podría decirse, en la medida que marca nuestro destino colectivo. Un alegato contra la deriva cientifista del Derecho que nos recuerda que éste ha de procurar fiabilidad y equilibrio y recuperar para sí la dialéctica de poder y voluntad que respalda y legitima la acción pública en nuestro sistema constitucional.

Como señala el autor en el capítulo introductorio, *El Leviatán*, obra cumbre de Hobbes, es el símbolo de la seguridad del Estado que inaugura toda una línea de pensamiento y realizaciones en la política y en el Derecho que acaba configurando el sistema político-jurídico en el que estamos instalados. Esa seguridad continúa hasta bien entrado el siglo XX, cuando la ciencia percibe que el progreso deja de ser lineal y que los logros científicos abren un frente de incertidumbre, rasgo característico y definitorio de nuestra época, en torno a los nuevos riesgos de origen tecnológico. Así, el Leviatán muestra su desconcierto ante los dominios de la ciencia.

El capítulo I de la obra presenta el tema fundamental del libro: el reto que la incertidumbre científica plantea al Derecho y a las instancias políticas

con responsabilidades de decisión. Este desafío se ve acentuado porque, a diferencia de la filosofía o el arte, que sí pueden permitirse la opción por la incertidumbre, el Derecho no puede mantenerse en ella ni puede expresarse en términos de probabilidades. El elemento científico-técnico suscita la continua reformulación y recomposición de las referencias de la decisión jurídica, dadas las nuevas y cambiantes posibilidades que abre la ciencia. El desconcierto está servido por el propio ritmo del desarrollo tecnológico y por ser nuestro sistema jurídico de corte positivista, construido sobre el paradigma contrario: el de la seguridad jurídica o certidumbre de las referencias que ofrecen las normas.

En el Capítulo II, el autor hace ver que lo característico de la nueva correlación entre la ciencia y el Derecho es que el progreso científico y tecnológico permite decidir en sectores muy relevantes que hasta tiempos recientes quedaban fiados a los procesos naturales, al margen de la intervención humana. Como exponentes de esa expansión del elemento científico-técnico destacan algunas interrogantes. Entre ellas la enigmática cuestión del riesgo que puede ser asumido por una sociedad envuelta en tejido tecnológico tan denso. Pero también la apertura de una línea reflexiva de la investigación científica, que señala límites y medida el paradigma volcado en el conocimiento y dominio de nuestro entorno vital. Todo ello en un contexto de incremento del potencial tecnológico que permite adoptar decisiones en aquello confiado a la naturaleza. Para el Derecho, la extensión de la intervención tecnológica incrementa el espacio de regulación jurídica. Las decisiones jurídicas hacen más dependientes del estado de la ciencia; mientras que el lado oscuro de la misma se concentra en la noción, plenamente juridificable, de riesgo. La persona se hace así objeto de la técnica. Sobre las decisiones que puedan adoptarse se genera una incertidumbre que no sólo afecta al conocimiento científico, sino que, por recaer sobre lo constitutivo de la persona, entran de lleno en la valoración ética y moral.

El capítulo III analiza el calado y el alcance de la pretensión de seguridad jurídica en los dominios de la incertidumbre científica. La certeza, la seguridad jurídica, constituye una de las principales aportaciones del Derecho al desarrollo social y económico en general. El mercado, la industria, los trabajadores, las empresas han venido exigiendo del Derecho mayor seguridad para apoyar en ella las relaciones que entablan. Sin embargo, la búsqueda de las certezas parece situarse fuera de los objetivos de la ciencia por dos razones. La primera es que la propia ciencia ha visto desvanecerse muchas de las que creía que eran sus más firmes verdades. La segunda es que la ciencia se supedita cada vez más a la técnica (y surge la tecnociencia). Y ésta orienta y programa

las investigaciones con arreglo a criterios de utilidad y rentabilidad de sus productos.

Los Capítulos II, V y VI se refieren al agudo problema que se le plantea al Derecho cuando se ve en la tesitura de decidir en la incertidumbre. Los poderes públicos deben decidir sobre el destino y la aplicación de nuevos productos y tecnologías que son resultados y aplicaciones de la investigación científica, de la tecnociencia. La gran cuestión es si se está produciendo una nueva división de poderes en estos casos ¿Decide la ciencia o decide el Derecho? El choque trasciende a los intereses en juego, puesto que ciencia y Derecho reivindican diferentes legitimaciones para adoptar las decisiones. La posición de la ciencia se apoya en el conocimiento experto sobre materias que rebasan el conocimiento de las autoridades públicas; mientras que la legitimación de estas últimas es la que les viene del Derecho. El consenso alcanzado por los expertos y operadores acaba por ejercer una presión a la que las instancias jurídicas no oponen resistencia por la falta de conocimiento experto y la utilidad que supone el asumir el consenso alcanzado por los agentes del sector, pero existen razones –y esto es clave– por las cuales hay que reinstaurar al Derecho y a los poderes públicos el protagonismo decisorio. La obra repara en tres de ellas que son fundamentales. La primera es la afirmación reiterada de que son las instancias públicas las que han de adoptar efectivamente las decisiones. La segunda es que ese poder decisorio expresa la capacidad de autodisposición de una comunidad, que decide sobre cuestiones que le afectan. La tercera es que las decisiones adoptadas se imputan a los órganos jurídicos y no a los dictados científicos que han influido sobre ellos.

Bajo estas claves analiza el autor el modelo que se está imponiendo en el Derecho para la toma de decisiones en entornos de incertidumbre. El Derecho está adoptando una orientación cientifista, que puede generar distorsiones en los valores y expectativas que a él se le reconocen, en el sentido de fiar el acierto de su decisión en la que se considere óptima solución científica o técnica. Así, el fenómeno que se origina por la complejidad técnica y científica es la ganancia, por parte de las entidades y organizaciones que –en principio– son ajenas a los mecanismos de legitimación del Derecho, de espacios de decisión con relevancia jurídica. En los sectores con un marcado componente técnico los elementos que les dan poder de influencia y decisión relevante son el conocimiento especializado del que estas organizaciones se hacen depositarias; la capacidad de influencia alcanzada a través de los procesos de autoorganización y el consenso que en el marco de estas organizaciones se alcanza entre los diferentes sectores y operadores. El efecto más llamativo y reseñable de esta tendencia es que se está formando un segmento

de entidades privadas que realizan actividades de certificación, acreditación, cumplimiento de normas de control técnico, a las que se les transfieren relevantes funciones declarativas, resolutivas y de control. Nos encontramos con un Derecho acuciado por garantizar el resultado, y no tan preocupado por las formas ni los medios, y que, sin embargo, se ve abocado a dotar de objetividad a un sistema que trastoca radicalmente sus presupuestos de legalidad y legitimidad.

El Capítulo VII versa sobre el principio de precaución, que es la fórmula positivizada que mayor protagonismo ha ganado para articular las relaciones entre los poderes públicos y ciencia en los entornos donde reina la incertidumbre, presupuesto inexcusable de aplicación del principio. Los efectos de la aplicación del mismo han de calibrarse en función de la intensidad de las medidas que se adopten. Hay medidas que sólo pueden tomarse en base al mismo: las medidas de excepción, que excepcionan el régimen jurídico vigente y cuya aplicación conduce a una situación de anomía en la que la ciencia se sitúa en una posición soberana. En este punto centra el autor su crítica al principio de precaución, porque mediante él se entregan las facultades de decisión y regulación a una ciencia que no ha tenido nunca que construir, porque no es ése su cometido, fórmulas o expedientes de decisión y regulación.

En el Capítulo VIII, el profesor ESTEVE expone su tesis nuclear: la reivindicación del modelo de decisión característico del Derecho frente a la deriva cientifista del Derecho. La sujeción a los dictados de la ciencia plantea muy serios inconvenientes; el principal es que el Derecho acaba por renunciar a los procedimientos de decisión propios y a dotar de legitimidad democrática y de seguridad jurídica a sus decisiones, de lo que el autor deriva serias objeciones. La primera es la constatación de que esa remisión a la ciencia y la tecnología produce mayor incertidumbre que la que en principio se pretende resolver. La segunda es que con esta orientación son frecuentes las decisiones negativas o de excepción que dejan en suspenso o excepcionan el régimen jurídico legítimamente establecido. La tercera es la pérdida de seguridad jurídica para operadores, instancias públicas, mercados y, en definitiva, toda la actividad económica. La cuarta objeción se plantea al final de la obra al abordar la cuestión de la responsabilidad derivada de las decisiones sobre el riesgo.

El modelo de decisión y regulación característico del Derecho no había pretendido nunca su identificación ni su aproximación con las determinaciones ciertas y objetivas, empíricamente demostrables de las ciencias. El Derecho ha venido estableciendo sus propias reglas que valoran y ponderan

los bienes y derechos. A partir de esas valoraciones, el Derecho establece sus certezas a las que trata de conferir mayor consistencia. Sobre la incertidumbre de los hechos, el Derecho levanta su propia certidumbre. Sin embargo, la ciencia sólo reconocería la situación de incertidumbre que le impediría adoptar una resolución fundada. En otras palabras, el Derecho va más allá, rebasando ese umbral de incertidumbre para establecer su propia certeza.

En cuanto a la afirmación de que el conocimiento científico no es un valor absoluto, esta idea se proyecta sobre la posición del Derecho ante la investigación científica: el conocimiento científico no puede ser para el Derecho un valor absoluto al que debe subordinarse cualquier consideración sobre bienes jurídicos, valores y derechos. No se trata de imponer un principio de prevención, sino de destacar la posición del ordenamiento jurídico ante el problema entre conocimiento y medios utilizados para alcanzarlo: por muy relevante que sea el conocimiento, si los medios para alcanzarlos no son lícitos, resulta inválido.

El Derecho fía desde antiguo la resolución de las incertidumbres a un sistema de presunciones que expresan máximas de experiencia; esto es, se presume lo que muy probablemente ocurre según la experiencia. Pero ese planteamiento está cambiando por la introducción en el ordenamiento jurídico de criterios valorativos que no se basan en la experiencia y por otro tipo de presunciones. Así se recurre, por ejemplo, a presunciones institucionales u orgánicas, cuando el ordenamiento establece una presunción de autoridad a favor de una institución científica determinada, de una agencia o comité que acaba cubriendo la falta de conocimiento experto y aportando el criterio de la decisión, o la decisión misma.

Por último, los capítulos IX, X, XI y XII abordan la controvertida cuestión de la responsabilidad. En principio, la imputación apunta directamente a los agentes y sujetos más implicados en el avance científico y la innovación técnica, cargando así a quien promueve un progreso en beneficio de la sociedad. No obstante, el avance y desarrollo tecnológico en ningún momento se bloquea ante la carga de responsabilidades, fundamentalmente porque ese avance es selectivo: cuando se encuentra con sectores de alto riesgo en los que podrían producirse grandes o frecuentes daños, el progreso tecnológico se dirige hacia sectores con menor potencial de riesgo.

En perspectiva histórica, la ciencia y la técnica vivieron originariamente al margen de cualquier responsabilidad por varias razones: el dominio del régimen romanista de la responsabilidad aquiliana, que exige la concurrencia

de culpa o negligencia para reconocer la responsabilidad; la ponderación de beneficios y costes que para la sociedad reportaba el progreso científico-técnico, especialmente durante la revolución industrial, donde no se reparaba –o no importaban en primer término– los posibles accidentes ni el potencial de riesgo de las invenciones. En la fase postindustrial varias circunstancias conducen a la ruptura del consenso social a favor de esta situación de inmunidad; el tiempo y el acrecentamiento del riesgo hacen visible el lado oscuro del desarrollo técnico e industrial.

Ante esta visión, la cuestión principal es determinar con carácter general los criterios de asignación de responsabilidad por daños en situaciones de incertidumbre y concretarla en cada caso. La respuesta dependerá precisamente –matiza el profesor ESTEVE– del entorno en que la incertidumbre habite principalmente, ya se sitúe ésta en el origen, en la causa o en el sujeto que produce el daño (y, por tanto, haya desconocimiento o sombras en el nexo causal), ya en el desconocimiento científico del potencial dañoso de ciertas tecnologías o productos, ya se localice la incertidumbre en los efectos o la perdurabilidad del daño. Pero no sólo importa dónde aflora la incertidumbre, sino cual sea el mayor o menor grado de ésta, su intensidad o calado, que se erige en la segunda coordenada que ha de tenerse en cuenta para enfocar certeramente la cuestión.

Especialmente agudo es el reto que supone la responsabilidad por decisiones adoptadas en situaciones de reconocida e insuperable incertidumbre, cuyo gran problema es la ausencia del conocimiento, presupuesto básico de la responsabilidad. Ésta es la encrucijada en la que se encuentran los poderes públicos cuando desde foros científicos se alerta sobre posibles riesgos de ciertas actividades o productos que gozan de plena cobertura legal. Es aquí donde ha cobrado mayor aliento el principio de precaución, al amparo del *better safe than sorry*, y que justifica que, ante las advertencias de la ciencia sobre la existencia de riesgos, se opte por decisiones negativas. A pesar de ello, la responsabilidad no desaparece cuando se adoptan medidas preventivas en evitación de un riesgo para la salud o el medio ambiente porque si con la adopción de tales medidas se producen perjuicios que quienes los sufren no están obligados a soportar, habrá que responder por ellos.

Al cabo da la impresión que la institución de la responsabilidad civil, tal y como la conocemos, no sea adecuada para nuclear los casos de responsabilidad por las actuales decisiones adoptadas en entornos de incertidumbre científica, ni el proceso judicial característico de la responsabilidad parece adecuado para canalizar y resolver estos conflictos. Habría que plantearse

entonces una nueva responsabilidad, emancipándose de la idea de responsabilidad que conocemos. En este orden de consideraciones el profesor ESTEVE desliza una frase que inevitablemente obliga a reflexionar: “*no parece que puede plantearse la responsabilidad, en efecto, cuando el reconocido e insuperable desconocimiento sitúa al poder público en la posición de un menor de edad que desconoce las consecuencias de sus actos. Los conceptos propios de la responsabilidad como son la determinación y cuantificación del daño o su línea de causación tienden a diluirse, y a perderse su rastro por completo, en el complejo entorno tecnológico que nos envuelve*”.

Efectivamente, la Administración se ve incapacitada para prevenir, corregir y reparar los riesgos del progreso científico y tecnológico. Sin embargo, no puede olvidarse que el logro y el mantenimiento de la transparencia, la objetividad y la imparcialidad a la hora de decidir y de determinar la responsabilidad de los sujetos implicados en la causación de un daño es un papel que constitucionalmente le corresponde y sólo ella puede cumplir. La superación del *desconcierto del Leviatán* ante los retos de la sociedad del riesgo demanda con urgencia redefinir y reubicar las garantías jurídicas en un proceso en el que la Administración no puede renunciar a su misión de supervisión del sistema.

Desde que publicara su pionera obra *Técnica, riesgo y Derecho* (Ariel, Barcelona, 1999) hasta *El desconcierto del Leviatán*, son decenas los trabajos que el profesor Esteve ha publicado y dirigido sobre el particular. Desgraciadamente, en este país la excelencia intelectual queda muchas veces recluida intramuros de la Universidad y de la Academia, y más aún en el ámbito de las Ciencias Sociales y Jurídicas, en el que la valía se mide en términos cuantitativos antes que cualitativos. Por eso es tan de alabar el esfuerzo divulgativo de este libro, su pretensión de saltar las barreras de la especialización para cumplir la mayor y más noble aspiración del saber, que no es otra que expandirse y calar.

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Ginés VALERA ESCOBAR. *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía.* Dirección General de Administración Local. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Final de 2008. 774 páginas.

Tras la favorable acogida que tuvo en el mundo de la Administración Local el Libro *Una Aproximación al Procedimiento de Otorgamiento de Licencia*