

M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA  
JOSÉ ESTEVE PARDO  
INDRA SPIECKER GEN. DÖHMANN  
(EDS.)

**ESTRATEGIAS  
DEL DERECHO  
ANTE LA INCERTIDUMBRE  
Y LA GLOBALIZACIÓN**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	19
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	23
<b>INTRODUCCIÓN AL CONTENIDO Y SISTEMÁTICA DE LA OBRA</b> .....	25

## PRIMERA PARTE DERECHO Y PODER PÚBLICO ANTE LA INCERTIDUMBRE

<b>CAPÍTULO 1. DECIDIR Y REGULAR EN LA INCERTIDUMBRE. RESPUESTAS Y ESTRATEGIAS DEL DERECHO PÚBLICO, por José Esteve Pardo</b> .....	33
I. PLANTEAMIENTO. LA EXPANSIÓN DE LA INCERTIDUMBRE EN LA SOCIEDAD ACTUAL .....	33
II. EL PROBLEMA PARA EL DERECHO. LA DECISIÓN Y LA REGU- LACIÓN EN ENTORNOS DE RECONOCIDA INCERTIDUMBRE .....	36
III. ESTRATEGIAS Y POSICIONES DEL DERECHO PÚBLICO ANTE LA INCERTIDUMBRE .....	38
1. La remisión a las referencias y soluciones de la técnica .....	38
2. La posición pasiva y la conquista por la técnica organizada de espa- cios de decisión de las instancias públicas .....	41
IV. FUNCIONES Y RELEVANCIA DE LA AUTORREGULACIÓN ANTE LAS SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE .....	41
V. REIVINDICACIÓN DEL MODO CARACTERÍSTICO DE PROCE- DER ANTE LA INCERTIDUMBRE. CERTEZAS CONSTRUIDAS Y ORIENTACIÓN LITERARIA DEL DERECHO .....	44

	Pág.
<b>CAPÍTULO 2. INSTRUMENTOS ESTATALES PARA LA SUPERACIÓN DE ESCENARIOS DE INCERTIDUMBRE Y AUTORREGULACIÓN, por Indra Spiecker gen. Döhmman</b> .....	47
I. INTRODUCCIÓN .....	47
II. CATEGORÍAS DE INCERTIDUMBRE .....	50
1. Tipos de incertidumbre .....	50
2. Causas de la incertidumbre .....	52
III. SUPRESIÓN DE LA INCERTIDUMBRE .....	52
1. Medidas de adquisición de conocimiento .....	53
2. Construcción de la certidumbre mediante el Derecho .....	55
IV. DECISIONES EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE .....	56
1. La incertidumbre: ¿riesgo u oportunidad? .....	56
2. La existencia de reglas de incertidumbre .....	57
3. Reglas de incertidumbre en la economía .....	57
4. Reglas de incertidumbre en el Derecho y su significado .....	59
V. SUPERACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE MEDIANTE LA AUTORREGULACIÓN .....	61
VI. PROCESUALIDAD DE LA SUPERACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE .....	62
VII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS .....	63

SEGUNDA PARTE  
**LA UNIÓN EUROPEA**  
**ANTE LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA**

<b>CAPÍTULO 3. ¿AUTORREGULACIÓN Y ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE? EL SECTOR BIOTECNOLÓGICO COMO CONTRAMODELO, por Oriol Mir Puigpelat</b> .....	67
I. INTRODUCCIÓN .....	67
II. DE LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN A LA AUTORREGULACIÓN POR PARTE DE LA COMUNIDAD CIENTÍFICA .....	69
1. El desarrollo de la biotecnología moderna, la carta BERG y el Congreso de Asilomar de 1975 .....	69
2. La evolución posterior de la regulación de la biotecnología en Estados Unidos .....	71
III. DE LA AUTORREGULACIÓN CIENTÍFICA A LA DENSA REGULACIÓN EUROPEA .....	73
1. El <i>Sonderweg</i> regulatorio europeo de la biotecnología .....	73

	Pág.
2. Reglas y principios básicos de la regulación vigente de la Unión Europea.....	75
3. El limitado papel de la autorregulación .....	79
4. El papel central de la ciencia .....	80
IV. EL CUESTIONAMIENTO DE LA CIENCIA Y LAS RESISTENCIAS A LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN VIGENTE.....	82
1. Las resistencias a la aplicación de la regulación vigente en la Unión Europea .....	82
2. La desconfianza ante la ciencia como factor determinante.....	84
3. La propuesta de reforma de la Directiva 2001/18 como confirmación.....	86
V. FINAL .....	87
<b>CAPÍTULO 4. RETOS DE LA RELACIÓN CIENCIA-DERECHO: LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA UNIÓN EUROPEA, por Antonio Eduardo Embid Tello.....</b>	<b>89</b>
I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA JURÍDICA DE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS .....	89
II. LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA: CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA .....	90
III. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS .....	95
IV. CONCLUSIONES .....	101
<b>CAPÍTULO 5. EL FOMENTO DE LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DE LOS EXPERTOS Y LA COOPERACIÓN TRANSNACIONAL DE ENTIDADES REGULADORAS. LA REGULACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, por Lourdes de la Torre Martínez .....</b>	<b>103</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	103
II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS NORMAS EUROPEAS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE 2009.....	107
III. EL ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (ORECE) Y LA OFICINA .....	111
IV. REFLEXIONES FINALES .....	116

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO 6. LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DE LOS EXPERTOS EN LAS AUTORIDADES REGULADORAS Y LA COOPERACIÓN EUROPEA EN EL MERCADO INTERIOR DEL GAS Y DE LA ELECTRICIDAD, por Antonio Martí del Moral .....</b>	119
I. INTRODUCCIÓN .....	119
II. EL FORTALECIMIENTO DE LAS FUNCIONES Y DE LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE REGULACIÓN .....	123
1. Planteamiento general .....	123
2. Sobre el concepto de autoridad nacional de regulación .....	124
3. La independencia de las ANRS: controles jurídicos y parlamentarios .....	126
III. LA AGENCIA EUROPEA PARA LA COOPERACIÓN DE LOS REGULADORES DE LA ENERGÍA .....	128
1. Motivos para su creación .....	128
2. Las funciones de la Agencia .....	129
3. La organización de la Agencia .....	130
IV. EL FOMENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS .....	132
V. CONCLUSIONES .....	133

TERCERA PARTE  
**AUTORREGULACIÓN SUPRANACIONAL  
 EN DECISIONES JURÍDICAS COMPLEJAS**

<b>CAPÍTULO 7. EL PAPEL DE LA NORMALIZACIÓN INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD Y EL COMERCIO DE PRODUCTOS, por Marc Tarrés Vives .....</b>	137
I. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL PAPEL DE LOS ESTADOS ANTE LA GLOBALIZACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE ESTÁNDARES TÉCNICOS INTERNACIONALES .....	137
II. LA COMPLEJIDAD DE LAS NORMAS TÉCNICAS EN SU ELABORACIÓN Y APLICACIÓN .....	142
III. CONSIDERACIÓN AL SISTEMA EUROPEO EN MATERIA DE SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS .....	146
IV. EL PAPEL DE LA NORMALIZACIÓN INTERNACIONAL EN EL COMERCIO Y LA SEGURIDAD DE PRODUCTOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE .....	148

	Pág.
1. Necesidad y dificultad en el establecimiento de normas técnicas sobre bioseguridad.....	148
2. Bioseguridad y comercio internacional .....	150
V. CONCLUSIÓN .....	153
<b>CAPÍTULO 8. NO DEL TODO FIABLES. ORGANIZACIONES PRIVADAS DE EXPERTOS Y REGULACIÓN DEL RIESGO. EL CASO DE LOS CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS, por Gabriel Doménech Pascual .....</b>	<b>155</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	155
II. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ICNIRP .....	158
III. LAS DIRECTRICES DE 1998 Y SU RECEPCIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	159
IV. LA APARICIÓN DE NUEVOS ESTUDIOS CIENTÍFICOS Y LA REACCIÓN DE LA ICNIRP: LAS DIRECTRICES SE MIRAN, PERO NO SE TOCAN (APENAS) .....	161
V. LA REACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS: TENDENCIA AL ENDURECIMIENTO DE LOS LÍMITES DE INMISIÓN ELECTROMAGNÉTICA .....	164
VI. ¿ESTÁN LAS ORGANIZACIONES PRIVADAS DE EXPERTOS MEJOR SITUADAS QUE LOS PODERES PÚBLICOS PARA ADAPTAR LAS DECISIONES DE RIESGO AL PROGRESO CIENTÍFICO? .....	165
1. La ventaja del conocimiento .....	165
2. Riesgo de parcialidad .....	165
3. Déficits de responsabilidad y de transparencia .....	166
4. Falta de pluralidad.....	167
5. Sesgos cognitivos .....	170
5.1. Anclaje ( <i>anchoring</i> ) .....	170
5.2. Sesgo del <i>statu quo</i> ( <i>status quo bias</i> ) .....	171
5.3. Sesgo de la confirmación ( <i>confirmation bias</i> ) .....	172
5.4. Exceso de confianza ( <i>overconfidence</i> ) .....	174
6. Elasticidad de las teorías científicas y elasticidad de las normas jurídicas .....	176
VII. CONCLUSIONES .....	178
<b>CAPÍTULO 9. EFECTO DEL RIESGO SISTÉMICO SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO AÉREO, por Francisco B. López-Jurado .....</b>	<b>181</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	181

	Pág.
II. LA CRISIS .....	182
III. LA APLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE <i>SOFT LAW</i> .....	183
IV. LA FUERZA DE OBLIGAR DEL <i>SOFT LAW</i> .....	185
V. LA RESPUESTA REGULATORIA A LA CRISIS .....	186
1. El establecimiento de valores límite admisibles .....	186
2. La plena efectividad las medidas incluidas en los paquetes sobre el Cielo Único Europeo.....	188
VI. LA CARACTERIZACIÓN DEL RIESGO .....	189
VII. LA REALIDAD DE LAS COSAS Y LA REGULACIÓN JURÍDICA EN ÁMBITOS DOMINADOS POR LA INCERTIDUMBRE .....	192
VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	193

#### CUARTA PARTE

### EL DISCURSO DE LA AUTORREGULACIÓN EN LA SOCIEDAD GLOBAL DEL RIESGO

<b>CAPÍTULO 10. AUTORREGULACIÓN NORMATIVA Y DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN, por M. Mercè Darnaculleta i Gardella.....</b>	197
I. INTRODUCCIÓN .....	197
II. LA REMISIÓN A LA AUTORREGULACIÓN COMO RESPUESTA DEL DERECHO A LA INCERTIDUMBRE .....	199
1. El impulso de la autorregulación a nivel nacional, europeo e internacional.....	200
2. La tendencia hacia la internacionalización de la autorregulación: especial referencia a los estándares privados internacionales .....	202
III. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN ENTRE LA AUTORREGULACIÓN Y EL DERECHO EN UN ENTORNO GLOBALIZADO .....	205
1. La incorporación y la remisión a la autorregulación por parte del Derecho .....	205
2. Especial complejidad de la regulación del contexto de la autorregulación.....	208
IV. AUTORREGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN .....	209
1. La tradicional consideración extrajurídica de la autorregulación normativa: los estándares privados internacionales como manifestación del <i>soft law</i> .....	209

	Pág.
2. La consideración de los estándares privados como fuente del Derecho: ¿un debate estéril?.....	210
3. La extensión de los valores de la organización y el procedimiento administrativo al ámbito internacional.....	213
V. CONCLUSIONES .....	216
<b>CAPÍTULO 11. AUTORREGULACIÓN REGULADA COMO ESTRATEGIA DE COORDINACIÓN, por Claudio Franzius .....</b>	<b>217</b>
I. DEFINICIÓN .....	217
II. DESAFÍOS DEL DERECHO DE REGULACIÓN DE LOS RIESGOS ...	219
1. Orientación a los resultados .....	219
2. Programación y control.....	220
2.1. Programación final en lugar de programación condicional .....	220
2.2. Integración de la autorregulación social .....	221
2.2.1. Producción de normas y reglas .....	221
2.2.2. <i>Control del control</i> .....	223
2.3. Administración del riesgo como administración reguladora ...	223
3. Producción de conocimiento del riesgo .....	224
3.1. Conocimiento y acción .....	225
3.2. Conocimiento e incertidumbre .....	225
3.3. Conocimiento y legitimación.....	226
III. TRATAMIENTO DOGMÁTICO .....	227
1. Potestades de configuración .....	228
2. Obligaciones procedimentales de definir programas .....	231
3. Tesis de la procedimentalización y de la compensación .....	233
IV. DISCURSOS COLINDANTES .....	235
1. Estado garante: de la jerarquía y la cooperación a la coordinación ...	235
2. Redes y sus distintos niveles de significado .....	237
3. Gobernanza: fronteras cognitivas de la regulación .....	240
V. CONCLUSIÓN .....	242
<b>CAPÍTULO 12. EL MARCO HISTÓRICO Y EL IMPULSO DE LA AUTORREGULACIÓN SOCIAL DE RIESGOS, por Peter Collin .....</b>	<b>245</b>
I. AUTORREGULACIÓN COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS HISTÓRICO .....	246



	Pág.
II. SECTORES DE REFERENCIA.....	248
1. Prevención de riesgos mediante la producción de normas: Expertos interesados en las comisiones de farmacopea.....	248
2. Prevención de riesgos a través de la observación técnica de asociaciones: el dominio de la caldera de vapor.....	250
3. Prevención de riesgos mediante autonormación: Los ingenieros como legisladores.....	252
4. Prevención de riesgos mediante la administración de infraestructuras: la lucha por la canalización.....	254
5. Prevención de riesgos mediante la explotación de recursos: la regulación de los ríos.....	256
III. CONSIDERACIONES FINALES.....	257
1. Actuación vinculada a la complejidad y el riesgo y autorregulación..	257
2. Aspectos de la institucionalización jurídica de la autorregulación.....	258
3. Narrativa de la legitimación.....	260
 <b>CAPÍTULO 13. ¿EXISTE UN DISCURSO SOBRE LA AUTORREGULACIÓN? SOBRE LA SEMÁNTICA DEL CONCEPTO (AUTORREGULACIÓN), por Lara Elena Knop.....</b>	263
I. ADVERTENCIA PRELIMINAR.....	263
II. AUTORREGULACIÓN EN EL SISTEMA FUNCIONAL DE LA CIENCIA.....	264
III. SOBRE LA MORFOSEMÁNTICA DE LA AUTORREGULACIÓN.....	265
1. Morfología lingüística.....	265
2. Semántica del lenguaje especializado.....	266
IV. AUTORREGULACIÓN BIOLÓGICO-ORGÁNICA.....	267
1. Acerca del concepto reflexivo, biológico-orgánico de autorregulación.....	267
2. Acerca del concepto de autorregulación recíproco y biológico-orgánico.....	268
V. AUTORREGULACIÓN INDIVIDUAL Y SOCIAL.....	269
1. Acerca del concepto individual y reflexivo de autorregulación en la pedagogía escolar alternativa.....	269
2. Sobre el concepto individual y reflexivo de la autorregulación en la psicología humana.....	270
VI. AUTORREGULACIÓN SOCIAL RECÍPROCA.....	271
1. Sobre el recíproco concepto social de autorregulación como concepto social.....	271
2. Autorregulación, sociología y cibernética.....	272

	Pág.
3. Autorregulación y su semejanza con el concepto de Gobernanza .....	274
4. El concepto de autorregulación en las ciencias jurídicas .....	275
VII. CONSIDERACIONES FINALES .....	277

QUINTA PARTE  
**EL DEBATE SOBRE LA LEGITIMACIÓN  
 EN LA ERA GLOBAL**

<b>CAPÍTULO 14. LA TRANSPOSICIÓN DE VALORES PÚBLICOS A LOS AGENTES PRIVADOS POR MEDIO DE ELEMENTOS DE ORGANIZACIÓN Y DE PROCEDIMIENTO, por Javier Barnes .....</b>	<b>281</b>
I. INTRODUCCIÓN. EXIGENCIAS DEL SUJETO PRIVADO CUANDO REALIZA ACTIVIDADES REGULATORIAS Y PRESTACIONALES ...	281
1. Consecuencias o impacto de los cambios en las relaciones entre el Estado y la sociedad. De la organización y procedimiento administrativos, a la organización y procedimiento privados .....	281
2. Resumen: el desplazamiento hacia la sociedad de determinadas responsabilidades regulatorias y prestacionales ha de ir acompañado de un paralelo trasvase y adaptación de valores y principios cultivados en el Derecho público .....	283
3. Cuestiones a resolver: <i>si</i> y <i>cómo</i> ha de producirse ese trasvase .....	285
4. Glosario .....	287
II. NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN DE LA VIDA ECONÓMICA Y EL PAPEL ASUMIDO POR LA SOCIEDAD .....	289
1. Tres nuevas coordenadas: la aparición de una intensa vida en el «espacio exterior» o «más allá del Estado» ( <i>a</i> ); el establecimiento de un nuevo reparto en las actividades regulatorias y prestacionales entre el poder público y el sector privado ( <i>b</i> ), y el surgimiento de un mayor protagonismo de la Administración en la dirección y regulación de la vida económica ante la incapacidad del legislador para establecer programas materiales de una cierta estabilidad ( <i>c</i> ) .....	289
2. Síntesis: la apertura del Estado y de la Administración «hacia arriba» (globalización) y «hacia los lados» (colaboración publico-privado). El protagonismo del sujeto privado. La omnipresencia del sujeto privado.	293
III. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CONSTITUYE UNA ESPECIE DE «RED ANALÓGICA» PARA UN MUNDO DIGITAL, QUE NO DA RESPUESTA NI COBERTURA A LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LOS AGENTES PRIVADOS .....	294
IV. SOBRE EL TRASVASE DE VALORES PÚBLICOS A LOS AGENTES PRIVADOS .....	295
1. Argumentos en <i>pro</i> de la extensión de los valores públicos al sujeto privado .....	295

	Pág.
2. Fundamento: la inserción del sujeto privado en la cadena regulatoria de una determinada política pública o el desempeño de actividades prestacionales de interés general.....	297
3. El papel activo del sujeto privado: autorregulación, regulación de otros sujetos privados; regulación privada del sector público .....	298
4. Supuestos específicos. Problemas y enfoques .....	300
4.1. ICANN: la gobernanza técnica de Internet (nombres de dominio).....	300
4.2. Agencias de calificación crediticia.....	301
4.3. Advertising Standards Authority.....	302
V. ELEMENTOS Y ESTRATEGIAS PARA REGULAR LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LA ECONOMÍA. CÓMO TRASVASAR LOS VALORES PÚBLICOS A LOS SUJETOS PRIVADOS .....	302
1. El diseño de la regulación privada por medio de la manipulación de dos genes: la organización y el procedimiento privados. Una forma de condicionar su naturaleza y comportamiento con efectos difusos y multiplicadores.....	302
2. La función del legislador .....	308
3. La reserva de ley y la delegación legislativa .....	309
4. Legitimidad democrática. La teoría de la cadena o del «cable» (de ADSL) y la teoría de la «cobertura» (o del Wifi) .....	310
VI. UNA REFLEXIÓN FINAL .....	311
 <b>CAPÍTULO 15. RECORDANDO EL FUTURO: GOBERNANZA ANTICIPATORIA EN TECNOLOGÍAS EMERGENTES, por Anna García Hom...</b>	 313
I. INTRODUCCIÓN .....	313
II. ADIVINAR LOS PELIGROS: EL CONTEXTO DE LAS TECNOLOGÍAS EMERGENTES .....	314
III. PELIGRO Y RIESGO: ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA.....	317
IV. PREVENCIÓN DE PELIGROS Y GOBERNANZA DE RIESGOS .....	322
V. RECORDAR EL FUTURO: LA GOBERNANZA ANTICIPATORIA .....	325
VI. CONCLUSIONES .....	329
 <b>CAPÍTULO 16. LA DESPOLITIZACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN. DEMOCRACIA ENTRE SUSTITUCIÓN Y DELIBERACIÓN, por Jan Obracaj.....</b>	 331
I. BOSQUEJO DEL PROBLEMA Y CONTEXTO .....	331
1. Contexto teórico.....	331

	<u>Pág.</u>
2. Conocimiento y democracia .....	333
II. EL DILEMA DE LA MODESTIA DEMOCRÁTICA – ENTRE LA DES- POLITIZACIÓN INFLACIONARIA Y LA RESIGNACIÓN POSTDE- MOCRÁTICA.....	338
1. Alcance doblemente limitado.....	338
2. Reformulación deliberativa.....	338
3. Sustitución postdemocrática .....	342
III. SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ENTRE GOBERNANZA Y DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	344
1. Apadrinamiento de la teoría de sistemas.....	344
2. Gobernanza .....	347
3. Un concepto ampliado de política en lugar de despolitización.....	349
IV. EL CARÁCTER POLÍTICO OCULTO.....	351

## PRESENTACIÓN

El origen de esta obra se sitúa en dos seminarios que, con el título «Los retos del Derecho en la sociedad global del riesgo: la decisión en situaciones de incertidumbre» y «La autorregulación como estrategia del Derecho ante la incertidumbre en la globalización», se desarrollaron en la Universidad de Barcelona y la Universidad de Constanza en marzo y mayo del 2011, respectivamente. Resultaron muy provechosos, pues se pudieron exponer de manera muy clarificadora las aproximaciones —con sus metodologías y resultados— de la doctrina española y la doctrina alemana a tres grandes retos que requieren de nuevas respuestas y estrategias del Derecho público y que están de hecho transformando sus fórmulas y conceptos centrales. Uno es el de la decisión y regulación en entornos cada vez más amplios de incertidumbre, sobre todo en materia de riesgos. Otro es el que plantea la globalización y la respuesta que puede ofrecerse desde el Derecho europeo. El tercer frente en el que reparamos es el de la autorregulación que, resultando de la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad, se presenta como novedosa y expansiva estrategia del Derecho ante estos retos.

Los estudios que ahora se publican corresponden a las ponencias presentadas por los autores en esos seminarios, reelaboradas y enriquecidas luego con el debate que suscitaron. Las laboriosas tareas de traducción y revisión de los textos se deben fundamentalmente a la competencia y buen hacer de Mario GARVIN, con el que han colaborado Lara Elena KNOP, Katharina MEYER, Katrin MERHOF, Fabian MARTÍNEZ y Raffael SÄNGER cuando cursaban sus estudios de doctorado en la Universidad de Constanza. A todos ellos nuestro reconocimiento por el magnífico trabajo realizado.

En la preparación de los seminarios intervino muy activamente Hans Christian RÖHL, profesor ordinario de la Universidad de Constanza y miembro del Ex-

cellenzcluster Kulturelle Grundlagen von Integration de esta misma Universidad. Su tarea ha sido fundamental, sobre todo en la coordinación y trabajo de los ponentes alemanes. En la organización del seminario celebrado en la Universidad de Barcelona tuvo una destacada intervención Marc TARRÉS, profesor agregado de esta Universidad. Agradecemos a ambos sus esfuerzos y su eficacia.

La publicación de esta obra y la realización de los congresos que están en su origen ha sido posible gracias a la financiación del Exzellenzcluster Kulturelle Grundlagen von Integration de la Universidad de Constanza; la Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informationsrecht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften de la Universidad de Frankfurt am Main; la Agencia de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca<sup>1</sup>, y el Ministerio de Economía y Competitividad<sup>2</sup>.

Las editoriales Marcial Pons y Nomos Verlag han hecho posible la doble edición de esta obra, cuidándose la editorial Marcial Pons de la presente edición y Nomos Verlag de la edición alemana. Agradecemos muy sinceramente la excelente acogida que esta obra ha tenido en ambas editoriales, de gran prestigio y trayectoria en la órbita académica hispana y germánica.

M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA  
Profesora Titular Derecho Administrativo  
Universidad de Girona

José ESTEVE PARDO  
Catedrático Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN  
Profesora Ordinaria Derecho Público  
Goethe Universität, Frankfurt am Main

---

<sup>1</sup> Proyecto de investigación AGAUR 2014-SGR-1437, «Grup de Regulació de Riscos i de Sectors Estratègics» (GRRISE).

<sup>2</sup> Proyectos de investigación I+D DER 2012-39449-C02-01, «Estrategias reguladoras y de aplicación del Derecho más allá del aparato administrativo del Estado», y DER 2012-39449-C02-01, «Estrategias y discursos de regulación de los mercados financieros más allá del Estado».

## INTRODUCCIÓN AL CONTENIDO Y SISTEMÁTICA DE LA OBRA

El siglo XXI se avecina complejo y repleto de incertidumbres. La incertidumbre y la complejidad se han apoderado de las instituciones públicas y privadas, que fueron creadas para garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones sociales. La certeza del Derecho y la fiabilidad del Estado se desvanecen mientras estas instituciones se enfrentan a las transformaciones que se vienen gestando desde finales del siglo pasado en las estrategias de regulación —cada vez más flexibles y abiertas— y en los procesos de decisión jurídica —cada vez más complejos e influenciados por instancias supranacionales—.

Las dudas sobre el futuro del Estado y del Derecho se intensifican cuando estas instituciones se topan con las consecuencias de la incertidumbre científica. Según un diagnóstico cada vez más extendido, las ciencias naturales están renunciando a su vocación de ofrecer certezas y piden a la sociedad que renuncie también a sus pretensiones de absoluta seguridad. La denominada sociedad global del riesgo es una sociedad que no solamente debe enfrentarse a las consecuencias inesperadas del desarrollo científico y técnico, sino que se enfrenta también, de forma inquietante, a los límites del conocimiento humano.

Estos límites, que sirven igualmente de acicate a la comunidad científica, se erigen como un problema de difícil solución para las instancias que se encuentran en la tesitura de adoptar decisiones jurídicas en contextos de desconocimiento, de ignorancia, de incertidumbre, en suma. La búsqueda de referencias extramuros del Estado y de las concepciones normativas del Derecho para la adopción de tales decisiones es, precisamente, el eje en torno al cual giran los trabajos incluidos en la obra que aquí se presenta. En esta obra colectiva se pone de relieve que, principalmente en contextos de incertidumbre científica, la autorregulación y la globalización —dos nuevos conceptos clave de las ciencias sociales— se ofre-

cen al Derecho como un arma de doble filo que pone a prueba la resistencia del complejo entramado institucional creado por el Derecho público en torno a la noción de Estado. La autorregulación aparece a menudo en estas situaciones como un instrumento especial y típico para abordar las dificultades: el Estado renuncia a su derecho exclusivo de regulación; el Estado y la sociedad actúan juntos; pueden procesarse las singularidades con una mayor flexibilidad. Las condiciones bajo las cuales puede funcionar la autorregulación en un contexto global, los conceptos y las nuevas incertidumbres que pueden producirse como consecuencia de ello, y otras cuestiones importantes vinculadas a estos temas van a ser analizadas en este volumen desde una perspectiva comparada.

A pesar del carácter internacional e interdisciplinar que ofrece la visión de conjunto de los autores que colaboran en esta obra colectiva, la articulación interna de los trabajos obedece también a la pretensión de ofrecer un resultado coherente y unitario. Por ello, la obra que aquí se presenta se articula en cinco capítulos que desarrollan y debaten las cuestiones más relevantes relacionadas con la autorregulación como estrategia de relación del Derecho con la incertidumbre en la globalización. El objetivo de los Congresos, y, por tanto, también de esta obra que reúne las ponencias allí desarrolladas, fue el de examinar las cuestiones relativas a la incertidumbre y a la autorregulación desde una perspectiva comparada, incorporando con ello nuevos elementos al discurso nacional.

En el capítulo 1, los profesores ESTEVE PARDO y SPIECKER GEN. DÖHMAN ofrecen una introducción al universo de problemas que acechan al Derecho, al Estado y a las instancias dotadas de capacidad de decisión jurídica en contextos de incertidumbre científica y de desconocimiento. La lectura conjunta de ambos textos permite establecer una primera distinción fundamental entre los supuestos en los cuales la ignorancia o desconocimiento del Estado afecta a cuestiones sobre las que existe un conocimiento disponible y aquellos en los que no es así debido a la inexistencia de un consenso en la propia comunidad científica. En el primer grupo de casos el Estado dispone de múltiples instrumentos para obtener la información necesaria, normalmente en manos de sujetos privados, para adoptar una decisión racional y fundada. El establecimiento de obligaciones de información por parte de los particulares, la incorporación de expertos en el procedimiento o en la organización administrativa, o la incorporación de criterios obligatorios y estándares ofrecidos por organizaciones privadas con base en la autorregulación son algunas de las soluciones más recurridas. Pero ello no elimina todos los problemas. Los problemas reaparecen cuando estas mismas soluciones son aplicadas al segundo grupo de casos, en los que no existe, ni siquiera en manos privadas, conocimiento disponible.

El análisis de las estrategias de la Unión Europea en materia de evaluación de riesgos en sectores científicamente controvertidos o en sectores especialmente complejos desde un punto de vista técnico permite obtener una muestra significativa de los diversos instrumentos de los que dispone el Derecho para enfrentarse a la incertidumbre. Con esta finalidad prospectiva, el segundo capítulo de



esta obra se abre con el sugerente artículo de Oriol MIR PUIGPELAT, en el que se analiza la evolución de la política de la Unión Europea en el controvertido sector de la biotecnología —de los Organismos Modificados Genéticamente—. En este caso se pone de relieve cómo, de una inicial confianza en la autorregulación de la comunidad científica, las instituciones europeas han optado por un enfoque regulador, articulado en torno al principio de precaución. Dicho enfoque, que se basa en la atribución de un marcado protagonismo de las autoridades públicas en la gestión de los riesgos, sigue, no obstante, dejando la evaluación de tales riesgos en manos de la autorregulación. Sobre la importancia de la evaluación de los riesgos y, valga la redundancia, sobre los riesgos de dejar dicha evaluación en manos de la autorregulación advierte EMBID TELLO en un artículo, en el que propone la extensión de las garantías propias del procedimiento administrativo a la fase de evaluación de los riesgos.

En este recorrido por las estrategias de la Unión Europea frente a la incertidumbre no puede dejar de mencionarse la creación de autoridades europeas encargadas de la evaluación de riesgos —como la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) o la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA)— o de la adopción de decisiones de elevada complejidad técnica —como la Agencia Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) o el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (BEREC)—. Estas dos últimas agencias especializadas, de cuya organización dan cuenta los trabajos de Lourdes DE LA TORRE MARTÍNEZ y Antonio MARTÍ DEL MORAL, se caracterizan por la integración de expertos independientes y por estar basadas en la cooperación transnacional de autoridades nacionales de supervisión, incorporando con ello algunos de los elementos propios de la autorregulación.

La cooperación transnacional de las autoridades nacionales de supervisión es una característica que define, asimismo, la nueva arquitectura reguladora de los mercados financieros a nivel europeo e internacional. En efecto, para hacer frente a la actual crisis financiera y al riesgo sistémico asociado a la misma, la Unión Europea ha aprobado la creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera. Este sistema se basa en la atribución de la supervisión directa de los mercados financieros a las autoridades nacionales que en cada Estado controlan los mercados bancario, de seguros y de instrumentos financieros. Los responsables de dichas entidades forman parte, a su vez, de los órganos de decisión de las tres autoridades europeas de supervisión —la Autoridad Bancaria Europea (EBA), la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA)—. Esta forma de cooperación se reproduce a nivel internacional en el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO).

Estos instrumentos no constituyen ninguna novedad. Las redes y las instituciones que agrupan organizaciones sectoriales de ámbito nacional, europeo e internacional tienen una larga tradición en el ámbito privado y, en concreto,

en el sector de la seguridad industrial y el comercio de productos, como puede verse en la contribución de Marc TARRÉS VIVES a esta obra colectiva. Es precisamente este sector, protagonizado por las organizaciones de normalización de ámbito nacional (DIN, AFNOR y AENOR, entre otras), europeo (CEN, CENELEC y ETSI) e internacional (ISO y IEC), el que constituye la manifestación más característica de la utilización instrumental de la autorregulación por parte de los poderes públicos. Como es sobradamente conocido, la Unión Europea ha renunciado a establecer una regulación armonizada de los requisitos de seguridad de los productos industriales. Esta regulación ha sido sustituida por el establecimiento de una presunción de conformidad de los productos elaborados conforme a las normas técnicas aprobadas por los organismos nacionales y europeos de normalización. La determinación de los límites de riesgo asumible en el ámbito de los productos industriales viene, pues, determinada por lo que deciden los organismos de normalización, cuyo grado de internacionalización es notable.

Al hilo de los riesgos derivados de la contaminación electromagnética, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL analiza la tendencia a la constitución de organizaciones de expertos privados con vocación de convertirse en la única referencia válida en materia de riesgos del sector. Esta tendencia es especialmente peligrosa si los poderes públicos siguen integrando acríticamente las referencias ofrecidas por la autorregulación internacional al ordenamiento jurídico, sin que las organizaciones internacionales de expertos guarden las debidas garantías en cuanto a su composición o a los procedimientos de toma de decisiones. Como contrapunto, el profesor Francisco Borja LÓPEZ JURADO ofrece una descripción de las decisiones adoptadas por las autoridades de aviación civil en el caso de la crisis del volcán islandés Eyjafjallajökull y de la relación de tales decisiones con las recomendaciones de la Organización Internacional de Aviación Civil. También aquí son identificables concretas estrategias de autorregulación.

Los cuatro ejemplos analizados en el capítulo 3 constituyen una muestra significativa del papel de la autorregulación internacional en la adopción de decisiones jurídicas complejas y permiten adentrarse en el capítulo 4, dedicado principalmente al discurso de la autorregulación en la sociedad global del riesgo y a las cuestiones básicas que dicho discurso plantea. Para ello hay que distinguir adecuadamente la existencia de la autorregulación y, más en concreto, la práctica administrativa consistente en utilizar la autorregulación como estrategia reguladora de, en su caso, la consideración doctrinal de esta realidad. La autorregulación regulada en materia de riesgos, como queda claramente demostrado en el trabajo de Peter COLLIN, tiene una sólida tradición histórica que es bien visible en la Alemania del siglo XIX y de principios del siglo XX. En este sentido puede afirmarse que la aparición de los riesgos industriales vino acompañada de una intensa actividad de autorregulación, inducida y reconocida por los propios poderes públicos, tendente a controlar dichos riesgos. Este tipo de prácticas ofrecen significativos paralelismos con las técnicas de autorregulación regulada existentes en la actualidad. Incluso el rasgo más novedoso de la autorregulación

en la sociedad global del riesgo, como es su marcada tendencia hacia la internacionalización, tiene algún precedente histórico en el ámbito de la normalización de los riesgos en el sector eléctrico.

La consideración doctrinal de esta realidad, y, más en concreto, la introducción de la locución «autorregulación regulada» para describirla, ha tenido lugar en la última década del siglo xx, en un contexto en el que la doctrina alemana se cuestionó críticamente la capacidad de dirección del Derecho y la doctrina española puso de manifiesto los límites de conocimiento y de capacidad de actuación del Estado. Este debate doctrinal coincide en el tiempo con el «descubrimiento» por parte de la doctrina anglosajona de la «naturaleza gubernamental de la autorregulación» (*governmental nature of selfregulation*) y con la recomendación, por parte de instituciones europeas e internacionales, de tomar en consideración las ventajas de la autorregulación en las estrategias reguladoras de los Estados. Este discurso, como acertadamente destaca Claudio FRANZIUS, guarda una estrecha relación con la teoría de la dirección, la defensa de la posición de garante del Estado, el discurso de la gobernanza y la noción de red como forma de descripción de nuevas formas de relación entre actores públicos y privados.

Esta mezcolanza de perspectivas es analizada, desde la distancia que le otorga su condición de lingüista, por Lara Elena KNOP en una aportación en la que se cuestiona críticamente la existencia de un discurso sobre la autorregulación. Bajo esta visión crítica subyace una cuestión de gran calado, como es la relativa a la problemática de la interdisciplinariedad en el ámbito de las ciencias sociales, derivada de la diversidad de los conceptos clave que, debido a su plasticidad, a menudo se utilizan de forma indiferenciada. En función del ámbito conceptual de referencia, el término «autorregulación» y la locución «autorregulación regulada» deben ser entendidos de forma distinta y, por tanto, deben ser instrumentalizados para fines diversos.

Son muchas las cuestiones y problemas abiertos en los trabajos que se incluyen en esta obra colectiva y que inevitablemente permanecen inacabados. Existe, sin embargo, un aspecto de fondo que se plantea de forma recurrente y que es el relativo a la problemática legitimidad de la adopción de decisiones con base en la autorregulación. Para abordar esta difícil cuestión hemos optado por incluir un abanico amplio de perspectivas que, de un modo u otro, escapen de las aproximaciones más habituales sobre este tema.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica y en el marco de la reflexión sobre la reforma del Derecho administrativo, Javier BARNES propone la aplicación de los valores y los principios del procedimiento administrativo al ámbito privado y, más en concreto, a la autorregulación.

Desde una perspectiva sociológica, Anna GARCÍA HOM presenta un modelo de gobernanza de los riesgos basado en la participación no solo de los expertos y los órganos encargados de decidir sobre tales riesgos, sino también de los potenciales destinatarios de los mismos. En esta propuesta se trasciende la tradicional consideración estrictamente científica o técnica de la evaluación de

riesgos para incluir en dicha evaluación el contexto social de los riesgos y, por tanto, las percepciones subjetivas de riesgo de la sociedad civil. La expertocracia que caracteriza en la actualidad los procesos de evaluación de riesgos es sustituida con esta propuesta por un modelo de decisión basado en la democracia directa y la participación.

La contribución de Jan OBRACAJ ilustra la existencia de otro presupuesto (tácito) de la autorregulación. Sus reflexiones sobre el futuro de la democracia como forma tradicional de legitimación, desde una perspectiva estrictamente filosófica, invitan al lector a cuestionarse la posibilidad de prescindir de la democracia en la globalización.

Con esta invitación, y puesto que no queremos ahorrar a nadie el placer de leer los trabajos incluidos en esta obra, puede darse por concluida esta breve presentación, no sin antes agradecer de nuevo la colaboración de todos aquellos que, con sus aportaciones al debate y sus textos, han ayudado a hacerla una realidad. Después de todo el camino recorrido conjuntamente resulta evidente que no se ha despejado ninguna de las incertidumbres que planean sobre la sociedad en la que vivimos, sobre las instituciones que nos gobiernan, ni sobre el futuro que nos espera y que la autorregulación en estos tiempos no puede ser sino una parte de la solución. Los autores de esta obra hemos disfrutado reflexionando sobre ello y esperamos que este sea también el caso de quienes estáis dispuestos a seguir leyendo.

M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA  
en nombre de los coordinadores

PRIMERA PARTE

**DERECHO Y PODER PÚBLICO  
ANTE LA INCERTIDUMBRE**

CAPÍTULO 1

**DECIDIR Y REGULAR  
EN LA INCERTIDUMBRE. RESPUESTAS  
Y ESTRATEGIAS DEL DERECHO PÚBLICO**

José ESTEVE PARDO\*

**I. PLANTEAMIENTO. LA EXPANSIÓN DE LA INCERTIDUMBRE  
EN LA SOCIEDAD ACTUAL**

Vivimos en un mundo que parece dominado por una incertidumbre que se expande por todos los espacios de la actuación y el pensamiento humano. En la filosofía dominan las corrientes relativistas y otras teorías que cuestionan, cuando no niegan abiertamente, cualquier tipo de certeza<sup>1</sup>. En los dominios del arte se advierte igualmente la expansión de la incertidumbre desde que se produjo lo que se llamó la ruptura de los cánones y las ortodoxias<sup>2</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

<sup>1</sup> Entre esas corrientes recientes pueden destacarse el deconstruccionismo, que desarrolla Jacques DERRIDA, o el ironismo, de Richard RORTY.

<sup>2</sup> Esta posición del arte está perfectamente descrita y muy positivamente valorada por el escritor Salman RUSHDIE: «De las poderosas y firmes certezas del siglo XIX el Occidente ha llegado a un tiempo de ruptura, más allá de los consensos, en el que la duda, la ansiedad y la desorientación dominan la vida. Esta pérdida de certidumbres se ha revelado en muchos aspectos —destacadamente en las artes— de gran valor. De la misma manera que el átomo, al desintegrarse, libera una energía colosal, así también, al quebrarse las viejas y rígidas ortodoxias de la Europa colonial, se produjo una explosión de novedades y excitaciones de las que se han alimentado los modernos movimientos» (S. RUSHDIE, *Imaginary Homelands. Essays and Criticism*, London, Granta Books-Penguin Books, 1992, pp. 387-388).

En la economía, la crisis actual ha terminado con las pocas certezas y seguridades de que se disponía. En el orden político, el sujeto fundamental, el Estado, ha dejado de ser un espacio seguro no solo en lo político, sino también en lo social, con todos los movimientos migratorios, y en lo económico, con todas las turbulencias y riesgos que derivan de la globalización. La propia globalización es una fuente constante de incertidumbres. Organizaciones supraestatales como la Unión Europea, hasta hace poco tan firme con la consecución de una moneda única y la que parecía inminente Constitución Europea, se ve enfrentada ahora a un futuro dominado por la incertidumbre.

Por su parte, las ciencias empíricas, antaño deslumbrantes con sus descubrimientos de certezas inapelables que, sobre todo desde NEWTON, alcanzaron a enunciar en lenguaje matemático, hace ya un tiempo que renunciaron a ofrecerlas. La propia ciencia, muy consciente ya de sus limitaciones, se muestra cada vez más renuente a presentar como certezas lo que, con muchas cautelas, mantiene como meras probabilidades. Karl POPPER fue tal vez el primero en percibir ese cambio de paradigma de la ciencia que va de la certeza a la probabilidad con el que se abre una falla y una fuente amplia de generación de incertidumbres en la sociedad posindustrial<sup>3</sup>. Y así será como mucho más recientemente un científico destacado, Illa PRIGOGINE, Premio Nobel de Química, certifique cómo ese cambio de orientación de la ciencia ha llegado a su fin en su libro, de título bien elocuente, *El fin de las certidumbres*<sup>4</sup>. Hasta en las matemáticas, que parecían el reducto de la certeza y la exactitud, se acaba introduciendo la incertidumbre con los modelos de la matemática y la lógica borrosa.

Como ya habrá podido advertirse, posiblemente sea este cambio de orientación de la ciencia el que más profundamente está influyendo en el avance de la incertidumbre en otros muchos frentes. Los avances científicos de los siglos XVII, XVIII y XIX tuvieron un impacto extraordinario, del todo determinante, en las corrientes del pensamiento de la modernidad<sup>5</sup>. Los logros de la ciencia, la precisión y exactitud con la que se enunciaban las leyes de la naturaleza, ejercieron una extraordinaria influencia, una verdadera fascinación sobre los que serán los grandes pensadores y arquitectos del orden político en el que todavía estamos instalados. HOBBS estaba fascinado por los descubrimientos de GALILEO sobre las relaciones entre los astros en el universo, sobre las relaciones entre los cuerpos físicos en general. La teoría política de HOBBS aspiraba

---

<sup>3</sup> Vid. K. R. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, 13.<sup>a</sup> reimp., Madrid, Tecnos, 2003.

<sup>4</sup> I. PRIGOGINE, *El fin de las certidumbres*, Madrid, Taurus, 2001.

<sup>5</sup> El impacto de esos descubrimientos científicos se dejó sentir en la construcción de un orden jurídico basado en la certidumbre. Unas certezas que ahora desaparecen y que dejan a las instancias públicas ante la incertidumbre. Para el desarrollo de esa trayectoria de la ciencia y su impacto en el Derecho me permito la remisión a mi libro J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012. También, en conversación con un célebre físico, J. ESTEVE PARDO y J. TEJADA PALACIOS, *Ciencia y Derecho. La nueva división de poderes*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

también a edificarse sobre principios objetivos, científicos, y de ahí su visita a GALILEO en su retiro. Si nos fijamos en otra figura destacada de la filosofía política, Inmanuel KANT, no podemos dejar de desconocer la influencia que tuvo en ella la física de NEWTON con sus descubrimientos de leyes universales que rigen las relaciones entre los cuerpos. NEWTON no solo descubre varias de esas leyes, sino que, sobre todo, es capaz de enunciarlas, de expresarlas, en lenguaje matemático. Unas leyes de vigencia universal e intemporal, inapelables, incuestionables. De ineludible aceptación. KANT creía que podrían encontrarse también unas leyes de validez universal que pudieran regir las relaciones entre los seres humanos y entre los Estados.

Se creía que con los avances de la ciencia se llegaría a saber todo sobre todas las cosas; los avances de la ciencia aclararían todas nuestras incógnitas, resolverían todos nuestros problemas.

Hace ya un tiempo que sabemos que esto no es así. Es la propia ciencia la que sabe de los espacios oscuros que no domina y cada vez que conoce un territorio es capaz de constatar, o suponer con todo fundamento, que más allá se encuentran otros mucho más extensos que desconoce. Vivimos en una sociedad en la que las fuentes de generación de incertidumbres parecen más fluidas y abundantes que aquellas de las que proceden las certezas y seguridades.

Pero el que nosotros como juristas percibimos como problema de la incertidumbre no es visto así en absoluto por otras disciplinas del conocimiento o ciencias del espíritu. Se dice así que para el arte ha sido muy positiva la ruptura con los cánones y las ortodoxias; importantes corrientes filosóficas parecen sentirse muy confortablemente instaladas en la incertidumbre y el relativismo. Por su parte, las ciencias empíricas están ahora claramente orientadas a la probabilidad y han desarrollado métodos y procedimientos en los que la adquisición de certezas no resulta el objetivo fundamental como era antaño, en la época dorada de la ciencia.

La división entre contrarios y partidarios de la incertidumbre viene definida en muy buena medida por la línea que marca las funciones y responsabilidades decisorias, entre quienes corresponde tomar decisiones y quienes no tienen que adoptarlas. Para quien no ha de decidir, la incertidumbre no es un problema apreciable. Así es como la ciencia, la filosofía, el arte, no tienen necesariamente una percepción negativa de la incertidumbre; es más, desde ciertas posiciones se contempla como la apertura de un nuevo panorama, una ruptura con las tradiciones de la que pueden surgir nuevas energías.

Pero para quien se ve emplazado a tomar una decisión, la incertidumbre y la falta de conocimiento sobre sus presupuestos y fundamentos resulta un problema muy grave.