

La regulación jurídica se asoma a la incertidumbre tecnocientífica

Twittear

35 comparticiones



(Por Federico de Montalvo) Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no sólo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen. En un contexto de globalización económica sólo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios a la colectividad en tanto contribuye al crecimiento económico. El incesante avance de la ciencia y de la tecnología que caracteriza a estas primeras décadas del siglo XXI dificulta sobremanera la labor del legislador. A los grandes beneficios para la humanidad del avance tecnocientífico se suman nuevos riesgos, dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas. La incertidumbre que supone el avance de la ciencia dificulta la función reguladora del Derecho. Para paliar dichas dificultades se ha desarrollado un principio, en virtud del cual, no hace falta esperar a que una determinada actividad esté prevista normativamente para que pueda ser no permitida. El vacío legal derivado de la imposibilidad del Derecho de alcanzar al avance científico no permitirá que dicha ausencia pueda ser aprovechada para, invocando el principio de libertad, desarrollar una actividad que genera incertidumbre acerca de sus riesgos para las personas o el entorno.

Introducción

Dentro de las medidas que se pretenden implementar en los próximos años para mejorar la calidad, eficacia y seguridad de nuestras normas jurídicas se encuentra la novedosa evaluación ex post. Por evaluación legislativa se entiende la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de una Ley o de una política pública, mediante un conjunto de técnicas que permiten su análisis sistemático.

La evaluación ex post será el procedimiento institucionalizado para valorar la eficacia de una norma jurídica que ha sido aprobada y ha entrado en vigor. Su objeto es determinar si una norma jurídica es eficaz para el cumplimiento de los fines que se había propuesto a través de un cauce formal. Se trata, pues, de un procedimiento técnico o científico que estudia los efectos de la ley para establecer relaciones de causalidad útiles para el legislador (ex ante) o como un proceso de aprendizaje continuo (ex post) en el que la evaluación de los efectos de la norma permite asegurar la capacidad del legislador de dar respuesta a la realidad social.

A través de esta evaluación se pretende determinar si el marco regulatorio en vigor alcanzó los objetivos deseados, si la aplicación de la ley o la regulación fue lo suficientemente eficiente y eficaz, y en qué medida cualquier impacto esperado o no de la intervención regulatoria se abordó de manera adecuada en el momento de concebir el instrumento normativo. En similares términos puede decirse que se pretende que el legislador aprenda de sus errores y que las normas no sean consideradas como entidades autónomas, al margen de sus efectos y de la realidad social.

El seguimiento de sus decisiones normativas constituye un mecanismo imprescindible para controlar y asegurar que éstas alcanzan real y eficientemente los objetivos marcados, es decir, que efectivamente quedan garantizados los derechos fundamentales. Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no sólo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen, que es necesario conocer si el comportamiento de sus destinatarios se acomoda o no a sus previsiones, cuáles son sus consecuencias y efectos, y cuál es el coste de consecución de sus objetivos.

La evaluación ex post se muestra, de este modo, como un instrumento que permite la rendición de cuentas en el ámbito de la labor legislativa de los poderes públicos. Incluso, puede ayudar a contrarrestar el alto grado de desafección social que muestran nuestras democracias contemporáneas. La participación de los ciudadanos en los procedimientos de evaluación puede ayudar a combatir la indiferencia hacia el bien público. Más aún, 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.

Si la legislación es la forma de expresión del Parlamento que más consenso exige habitualmente, la evaluación ex post puede ayudar a lograrlo en la medida que garantiza a la minoría cuya voluntad no acaba por ser aceptada que la norma y sus consecuencias serán evaluadas, aunque sea a posteriori. Esta vocación de permanencia ofrece un menor margen para la negociación política.

Fines de la evaluación legislativa

La evaluación legislativa tendría como fin principal lograr una legislación racional, de mayor calidad. De este modo, la evaluación legislativa conecta con el principio de calidad tan en boga en las últimas décadas, tanto en el sector privado como en el público. Si el destinatario de la norma es, con carácter general, el ciudadano, a través de una mejor y más racional legislación, se le estará dando un “servicio” de mayor calidad, eliminando o corrigiendo las normas que no satisfagan dicho patrón.

Una norma de calidad ofrece a la Administración un ejercicio de sus funciones más seguro jurídicamente. El objetivo principal de la evaluación ex-post es: por un lado, ayudar a los responsables políticos y responsables de la aplicación de las disposiciones legales, para medir si un marco jurídico es efectivamente aplicado por sus usuarios finales; y, por otro, evaluar si la legislación cumple sus metas y objetivos iniciales.

En todo caso, los fines de esta evaluación pueden ser también otros y muy variados. Así, por ejemplo, mejorar la transparencia al abrir nuevas posibilidades de participación para las partes interesadas y afectadas por las normas al desarrollarse al amparo de la evaluación un trámite de consulta, trámite que se formaliza cuando la norma ya está aplicándose. Igualmente, incide en la rendición de cuentas en el ámbito del proceso normativo, al poderse conocer no sólo los efectos esperados de la norma según los correspondientes compromisos políticos, sino también sus efectos reales, es decir, determinar si el objetivo para el que fue aprobada la norma y los logros que mediante su aprobación pretendían obtenerse se han alcanzado. Los ciudadanos podrían conocer a través de un instrumento formal y técnico los resultados de las propuestas políticas convertidas en normas por sus representantes.

Como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno:

La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

La misma Exposición de Motivos conecta la exigencia de transparencia tanto con la necesidad de regeneración democrática como con el crecimiento económico:

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

La evaluación permitiría, igualmente, depurar el ordenamiento jurídico y, por tanto, eliminar aquellas normas que

han quedado obsoletas al amparo de un cambio de las circunstancias o contextos en los que se aprobó. Esta depuración no sólo tendría efectos relevantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica, al eliminar del ordenamiento las normas cuya validez sea ya discutible al amparo de reformas posteriores, pudiéndose aclarar las expectativas de los destinatarios de la norma, sino también desde la perspectiva de la simplificación del ordenamiento. En estos tiempos en los que la producción normativa es, en muchas ocasiones, excesiva, la depuración será ya un elemento indispensable para evitar un crecimiento ilimitado y carente de justificación del sistema jurídico.

Además, tal evaluación no sólo cumpliría una función de mejora del ordenamiento en el sentido de eliminar o corregir aquellas normas que no vienen produciendo los efectos esperados al ser aprobadas, sino que también podría tener una función de educación para los legisladores al poder constatar a través de los resultados de la evaluación cuál son los resultados reales de sus decisiones. Así, se podría garantizar a través de la evaluación la sensibilidad del legislador hacia la realidad social y la adecuación social de la acción legislativa.

Y si bien la evaluación nunca será capaz de reemplazar las decisiones políticas, puede, sin embargo, contribuir de manera significativa a la mayor veracidad de las declaraciones relativas a las causas y efectos de la acción legislativa o, en otras palabras, permite una información o conocimiento más exacto acerca de la relación entre las decisiones del legislador y las actitudes, conductas o situaciones que pueden ser observadas en la realidad social. No se pretende, a través de la misma, sustituir la decisión política, sino comprobar si existe congruencia entre dicha decisión y la realidad social.

Metodología de la evaluación legislativa

Por lo que se refiere a la metodología, la evaluación ex post debe basarse en un análisis tanto cuantitativo como cualitativo. Para medir plenamente los efectos de una ley, los evaluadores ex-post deberían basarse en estadísticas, encuestas, informes de expertos, estudios, etc. Las estadísticas son una fuente importante de análisis cuantitativo para las instituciones públicas, ya que ayudan a medir cómo se lleva a cabo la implementación.

Las encuestas pueden ser una herramienta eficaz para una evaluación cualitativa del impacto social de una reforma legislativa: mediante la realización de encuestas, el evaluador podrá identificar las creencias comunes de los usuarios finales de la ley.

La evaluación ex post también puede realizarse a través de informes de expertos y estudios de investigación, que combinan tanto el enfoque cuantitativo como el cualitativo. Sin embargo, para que sea rentable, tal metodología debe utilizarse principalmente para evaluar reformas jurídicas a gran escala, como las que pueden tener un impacto a gran escala en cuestiones socioeconómicas o ambientales.

La previsión de un deber de revisión periódico de la legislación puede, a su vez, expresarse de diferentes maneras, bien como una cláusula general que someta toda la legislación a un proceso de revisión tras el transcurso de un periodo de tiempo específico (dos, cinco o diez años, por ejemplo), o mediante una cláusula general que identifique determinadas materias o ámbitos de regulación que sí deberán quedar sujetos a dicha revisión periódica preceptiva; o bien mediante una cláusula específica en la propia norma.

Existen algunos sistemas jurídicos en los que la propia norma incorpora una cláusula condicional de derogación salvo que la misma quede sujeta a un proceso de revisión, como son las *sunset clauses* en Estados Unidos de América que podrían denominarse cláusulas de extinción o derogación. Éstas determinan la expiración de una ley o regulación dentro de un período previamente determinado, salvo que la misma se sujete a un procedimiento de evaluación. De ello se deduce una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que, contrariamente a la legislación permanente, quien pretenda que una norma con cláusula de extinción prorrogue su vigencia debe demostrar que ello es necesario o conveniente.

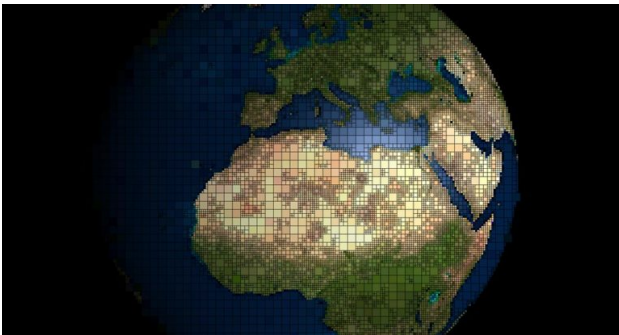
La caducidad crea una “amenaza de extinción” de las leyes al transferir la carga de la prueba de aquellos que terminan un programa de políticas a aquellos que lo renovarían. Este ejemplo de revisión específica permite ajustar una regulación a las circunstancias sociales o tecnológicas cambiantes y provocar la derogación automática de las regulaciones innecesarias o con efectos perjudiciales.

Pueden incluirse igualmente dentro de la evaluación ex post las denominadas leyes experimentales que se adoptan por un período de tiempo limitado que permite probar cómo ha funcionado la solución normativa dada a un problema particular, es decir, son normas que nacen no con una vocación de temporalidad, sino con la imponer una evaluación dentro de un periodo de tiempo de las consecuencias provocadas por las mismas. Se trata de un verdadero proceso de aprendizaje a través de la vigencia de la Ley.

Esta modalidad de norma ha sido definida como aquellas que están diseñadas para probar nuevos enfoques legales o para regular nuevos productos o servicios con el fin de recopilar más información sobre ellos. Las normas experimentales se someten a una evaluación periódica o final. Una vez evaluadas, si sus resultados son positivos puede adaptarse de acuerdo con los resultados observados y transformarse en una norma con vocación de permanencia. A veces, la legislación experimental se aplica sólo a unos pocos municipios o regiones seleccionadas, tras lo cual se puede probar el impacto de la legislación, incluyendo sus beneficios/costos y viabilidad a largo plazo.

Evolución de la evaluación ex post en nuestro ordenamiento jurídico

La evaluación ex post se incorpora inicialmente como un instrumento de mejora de la competitividad de nuestra economía a través de una mejora de la regulación de la actividad económica y de la remoción de los obstáculos que la dificulten. Se trata de una previsión de evaluación no vinculada tanto a la mejora del ordenamiento con carácter general o, en similares términos, una mejora de la regulación jurídica como mejora de la propia democracia, sino que adopta claros tintes económicos. Los estudios empíricos que demuestran el impacto de la regulación en el desarrollo económico, la productividad y la innovación se multiplican. Nadie duda ya de que el crecimiento económico y la inversión de los diferentes Estados se encuentran fuertemente condicionados por su entorno institucional y legal. De este modo, se reconoce sin duda la existencia de una relación directa entre el contenido y la calidad de la regulación y el rendimiento económico.



En un contexto de globalización económica sólo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios sociales con crecimiento económico.

La nueva figura responde, pues, a dos realidades interconectadas: en primer lugar, la necesidad de dotar a nuestro sistema económico de la exigida competitividad y flexibilidad que viene inspirando al Derecho comunitario. En segundo lugar, a la extraordinaria profusión de normas que han hecho realidad la expresión de legislación motorizada. Una realidad económica cada vez más compleja y dinámica exige múltiples respuestas del legislador que, al mismo tiempo, producen fácilmente antinomias y que ponen en discusión el principio de seguridad jurídica y el de libertad. Esta es la verdadera paradoja de las economías actuales que en su camino de huida del Derecho público acaban cayendo en las redes de la regulación. Las leyes acaban perdiendo calidad y, por ende, eficacia por su volatilidad, y ello, en cierto modo consecuencia del entendimiento del recurso a la producción legislativa casi como un fin en sí misma por parte de los actores políticos. La Ley comienza a dejar de ser el punto de referencia más importante del ordenamiento jurídico y pasa a convertirse en un claro ejemplo del uso simbólico de la política, donde adquiere más importancia trasladar a la población la impresión de que se toman medidas para resolver los problemas que la efectiva resolución de los mismos.

El reciente interés por la calidad de la ley no sólo es una reacción al fenómeno de la proliferación o inflación legislativa y a la devaluación de los atributos técnico-formales de la legislación, sino que es expresión de la toma de conciencia a partir de los años noventa, después de la primera oleada privatizadora y desreguladora de los años ochenta, de que un sistema económico eficiente y competitivo depende de su entorno institucional y de la calidad de su regulación. En un contexto de globalización económica, con la volatilidad de inversiones que ello conlleva, sólo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios a la colectividad en tanto contribuye al crecimiento económico.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas, en el que se produce la transformación del Estado prestacional en Estado regulador, en el marco de las privatizaciones y liberalizaciones llevadas a cabo en las últimas décadas. El Estado en la actualidad ha pasado de ofrecer prestaciones, actuando directamente, a dirigir. El Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino –todo lo más– funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida. Y, en esa nueva posición del Estado, el uso de la potestad normativa es relevante.

En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

En todo caso, si bien el análisis jurídico-económico es muy trascendente, no debe ser el único propósito de la evaluación ex post. Sus destinatarios y principales beneficiados no pueden ser sólo las empresas o los operadores económicos, sino los ciudadanos en general. En la evaluación es preciso atender no sólo a razones puramente económicas, sino también al contexto humano al que afecta la decisión, sobre todo, cuando se trata de grupos sociales especialmente vulnerables. Habrá que colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro y de otro el interés general de preservar los derechos de los ciudadanos. Las evaluaciones basadas en consideraciones económicas, sus cálculos y modelos no son políticamente ni éticamente neutrales.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la evaluación debe incorporar un modelo mixto que, partiendo del análisis del coste-beneficio y de la sostenibilidad, complete esta visión con el principio de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad, entre otros. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores, de cómo esté repartida la misma.

Evaluación legislativa ex post y avance tecnocientífico

El incesante avance de la ciencia y de la tecnología que caracteriza a estas primeras décadas del siglo XXI y que no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia viene a dificultar de sobremanera la labor del legislador. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad normativa parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la regulación. Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente.



El incesante avance de la tecnociencia en el siglo XXI dificulta sobremanera la labor del legislador.

A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Este nuevo panorama encuentra su máxima expresión o traducción jurídica en la aparición de un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor.

La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud pública a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo. La aparición del principio ha marcado un cambio del control post-daño (responsabilidad civil como herramienta curativa) al nivel de un control previo al daño (medidas anticipatorias de riesgos).

Sin embargo, la incertidumbre se ha adueñado de otros ámbitos no directamente relacionados con la ciencia o la tecnología, como son la economía y también la política, y ello, como consecuencia de la globalización. En todo caso, se trata de fenómenos interrelacionados en la medida que la globalización surge precisamente del avance de las propias tecnologías que permiten acercar fronteras y estrechar las sedes en que se adoptan las principales decisiones políticas y económicas.

El principio de precaución ha sido definido como un principio procedimental llamado a potenciar la evaluación de riesgos inciertos y posibilitar la adopción de medidas frente a los mismos aun cuando éstos se desconocen en gran medida. El primer caso en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acude a dicho principio fue con ocasión de la llamada vulgarmente “crisis de las vacas locas” y así en su Sentencia de 5 de mayo de 1998 (caso *National Farmers Union*) se señala que *“en el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados”* y que, *cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”*.

Una de las principales críticas que ha recibido dicho principio es el de abrir un cauce hacia la arbitrariedad, y si bien el principio se ajusta a un específico procedimiento de evaluación y gestión que tiene como fin principal proteger los derechos de las personas, sí que genera un relevante margen de discreción en los poderes públicos. Podría, así, afirmarse que el principio de precaución tiene cierto carácter antinómico, ya que, habiéndose creado para combatir la incertidumbre, acaba en muchas ocasiones por producirla en cuanto a la decisión final.

La falta de certidumbre en la toma de decisiones jurídico-políticas a través de las leyes ha sido tildado como problema de una gravedad desconocida hasta tiempos muy recientes. El Derecho aparece ya subordinado a la ciencia, ya que será ésta o, mejor dicho, la comunidad científica la que marque el camino a seguir por el

legislador, camino que no sólo no goza de gran certidumbre sino que además es extraordinariamente cambiante. Incertidumbre, volatilidad e innovación son tres de los elementos que caracterizan nuestra sociedad actual y que dificultan la labor previsor del legislador.

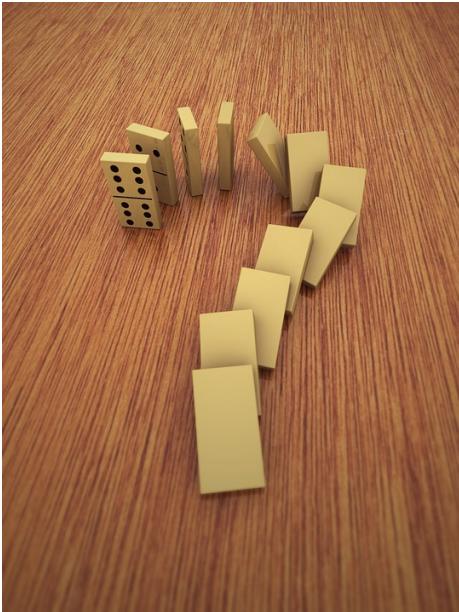
Cierto es que no es la primera ocasión en la que el Derecho ha de enfrentarse a la incertidumbre, aunque cualitativa y cuantitativamente sí se aprecien notables diferencias respecto de lo que ha ocurrido en el pasado. Ya el Derecho romano tuvo que enfrentarse a dicho problema en muchas de las instituciones que tuvo que regular, acudiendo no a la búsqueda de la certidumbre, sino a la de soluciones prácticas a través de las presunciones para poder construir la solución jurídica. En todo caso, nuestro Derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad, el de la certidumbre de las referencias que ofrecen las normas. Tal déficit puede, sin embargo, paliarse a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación, aunque ello abre nuevos dilemas que no podemos abordar en un trabajo como el nuestro.

Este nuevo panorama provoca, por ejemplo, que el propio principio de precaución altere la operatividad del principio de *pro libertate* que inspira nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el aforismo clásico de que se considera permitido lo que no está prohibido (*permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur* o, en similares términos, *intellegitur consessum quod non est prohibitum*) ya no es la única máxima.

El principio general de que todo lo no prohibido explícitamente está permitido parece no tener plena virtualidad. A este respecto, cita como ejemplo paradigmático, una Sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo de Kassel (Alemania) de 6 de noviembre de 1989, relativa a la necesidad de obtener licencia para el desarrollo de actividades experimentales de manipulación genética, cuando no existía regulación alguna acerca de dichas técnicas. El Tribunal consideró que, dado que en la investigación de las materias innovadoras básicas, como la energía nuclear, tecnología espacial, biología y, en especial, tecnología genética nos movemos en otras dimensiones y en otros niveles cualitativos distintos, y dada la falta de seguridad de los resultados, debe esperarse a que el legislador decida acerca de la actividad, sin que pueda desarrollarse la misma en el periodo de ausencia de regulación.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre. Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional.

En relación a dicho principio, la Comisión de la UE (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000) señala que si bien este principio no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente (véase, art. 174), en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. Ello determina que el principio de precaución sea considerado desde hace pocas décadas un principio esencial de las políticas comunitarias.



La incertidumbre no sólo se aprecia en la ciencia, sino que es un signo característico de nuestra época actual, que afecta a todos los ámbitos de la sociedad

El recurso a dicho principio, en palabras de la Comisión, presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica. Los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible, y ello, no es una decisión científica, sino eminentemente política, lo que exige resolver dos cuestiones: en primer lugar, si se debe actuar o no y, segundo lugar, si se ha decidido actuar, las medidas que se derivan de la aplicación del principio.

La incertidumbre, pues, no sólo se aprecia en la ciencia, sino que es un signo característico de nuestra época actual, afectando a todos los ámbitos de la realidad social, como es la economía, en la que la incertidumbre ha visto adaptado su nombre al de volatilidad, expresión esta que ya se emplea, incluso, en el ámbito de la política. Sin embargo, la incertidumbre constituye un elemento distorsionador del Derecho en la medida que éste, presidido por el principio de seguridad jurídica, ha de aspirar necesariamente a la certeza.

Esta nueva realidad hace más indispensable si cabe el desarrollo de nuevos mecanismos y, entre estos, cobra una especial virtualidad la evaluación ex post. Si el marco de la toma de decisión del legislador se produce en el contexto de la incertidumbre, ello determina, por un lado, revisar a posteriori si dicha incertidumbre se mantiene o no, y, por el otro, valorar también ex post qué efectos ha provocado la norma presidida por la falta de certeza. Si se ha apuntado que la evaluación del riesgo es la pieza clave del principio de precaución, resulta lógico concluir que las normas dictadas en el contexto de la incertidumbre deben ser evaluadas previa y posteriormente.

No se trata, quizás, de plantearnos una nueva teoría de la decisión jurídica en la incertidumbre, sino posiblemente de desarrollar mecanismo de evaluación ex post de esas complejas decisiones normativas. Así lo ha entendido la propia Comisión de la UE cuando señala que en caso de que se considere necesaria una acción o decisión en un contexto de incertidumbre, las medidas basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos, *sujetas a revisión*, a la luz de los nuevos datos científicos. A este respecto, en la Comunicación de la Comisión de 5 de junio de 2002, sobre el Plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”, se recoge en compromiso de la Comisión de introducir, cuando se juzgue oportuno, una cláusula de reexamen, o incluso de revisión, en sus propuestas legislativas, en particular en aquellas sujetas a una rápida evolución tecnológica, a fin de garantizar la actualización y adaptación regulares de la legislación.

Similar propuesta encontramos en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, en su resolución *Kalkar*, consideró si la Ley reguladora del aprovechamiento pacífico de la energía atómica ofrecía la cobertura legal exigida por la Constitución para autorizar un nuevo reactor nuclear considerado demasiado peligroso por algunos científicos, advertía que cuando el legislador ha tomado una decisión cuyos fundamentos quedan en entredicho significativamente por adelantos que no podían preverse en el momento de dictarse la ley, aquél puede estar constitucionalmente obligado a revisar si la decisión originaria ha de mantenerse asimismo tras el cambio de circunstancias.

En todo caso, esta solución basada en la evaluación ex post presenta también problemas, sobre todo, en la medida que las revisiones normativas causan, también, per se, inseguridad jurídica y, por tanto, pueden afectar a las expectativas de los destinatarios de las normas. La propia Comisión, consciente de dicho problema, señala en la propuesta que acabamos de citar que al proponerse una cláusula de reexamen, la Comisión tratará de preservar la seguridad jurídica de los agentes interesados. En todo caso, siendo cierta esta objeción, no debe impedir reconocer que si un campo normativo está necesitado de evaluación ex post es precisamente el que conecta con el avance científico y tecnológico, aunque ello deba hacerse prudentemente.

Conclusión

La incertidumbre que supone el avance de la ciencia dificulta la función reguladora del Derecho. Para paliar dichas dificultades se ha desarrollado un principio, en virtud del cual, no hace falta esperar a que una determinada actividad esté prevista normativamente para que pueda ser no permitida. El vacío legal derivado de la imposibilidad del Derecho de alcanzar al avance científico no permitirá que dicha ausencia pueda ser aprovechada para, invocando el principio de libertad, desarrollar una actividad que genera incertidumbre acerca de sus riesgos para las personas o el entorno. Así pues, el principio de precaución opera como un mecanismo jurídico de cautela frente a las incertidumbres del avance científico, sobre todo, cuando estas recaen sobre la salud de las personas o el medio ambiente.

Junto a dicho principio, surge una nueva propuesta por la que las normas, una vez aprobadas, deben quedar sujetas a su evaluación ex post. Tal evaluación de las normas debe ofrecer especial operatividad en los casos en los que pueda operar o haya operado el principio de precaución. La incertidumbre que genera el avance de la ciencia, por un lado, permitirá acudir al principio de precaución, y, por el otro, exigirá someter la correspondiente norma a su evaluación ex post.

Artículo elaborado por Federico de Montalvo Jääskeläinen, profesor propio agregado, Derecho Constitucional, UPComillas (ICADE). Vicepresidente del Comité de Bioética de España y miembro del IBC, UNESCO. Colaborador de FronterasCTR

Related posts:

Francisco J. Ayala propone un "equilibrio elegante" entre ciencia, ética y religión

El dolor, un misterio para las religiones

La naturaleza hace razonable el compromiso religioso

35 comparticiones

f	0		G+	0	in	35
---	---	---	----	---	----	----

SSSSS

Rating: **5.0**. From 1 vote.
You voted **5**, 5 días ago.

Twittear