

María Jesús Montoro Chiner

*Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona*

Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS TIEMPOS DEL RIESGO. O CUANDO DIVERSAS GALAXIAS SUSTITUYEN EN LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA ÚNICA HASTA AHORA CONOCIDA. 1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO CALIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO. 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEPENDE DE LA NORMATIVIDAD Y NO DEL TEXTO DE LA NORMA. 3. SEGURIDAD JURÍDICA Y REGLAS CONFIGURADAS POR PRIVADOS. 4. TEXTOS NORMATIVOS COMO EXPRESIÓN DE CONTENIDOS, SEÑALES Y SÍMBOLOS. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EFICIENCIA DEL DERECHO. II. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE CAUTELA. III. EL DERECHO PILOTADO. LOS COMITÉS CIENTÍFICOS, EL JUICIO DE EXPERIENCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. 1. CIENCIA Y DECISIÓN POLÍTICA. LA PUJANZA DE LO CIENTÍFICO. 2. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA CREACIÓN DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS Y DE SU FUNCIÓN. 3. LA CUALIDAD SUBJETIVA DEL LEGISLADOR. EL JUICIO DE CIENCIA EN LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS. IV. AUTORIDAD DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS Y *AUCTORITAS* DE SUS MIEMBROS. 1. LA COMPOSICIÓN DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS. UNA CUESTIÓN NO CONTROVERTIDA: SU CARÁCTER INTERDISCIPLINAR O MULTIDISCIPLINAR. 2. EL CONTENIDO DEL JUICIO CIENTÍFICO. SU ACEPTACIÓN. SU INCIDENCIA. VISO DE CALIDAD O *LABEL* PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA. V. LA REVISIÓN DEL JUICIO TÉCNICO O DE EXPERIENCIA POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. ¿UN SUPUESTO MÁS DE DISCRETIONALIDAD TÉCNICA? VI. ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS, JUICIO DE EXPERTOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. VII. REFLEXIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información han constituido la revolución del conocimiento en la sociedad moderna; las ciencias de la vida y la bio-

tecnología van a representar una revolución todavía mayor, puesto que han dado lugar al nacimiento de nuevas disciplinas científicas y aplicaciones innovadoras a las que la sociedad debe enfrentarse. La medicina, la agricultura, la protección del medio ambiente y la producción alimentaria, entre otras, son objeto de constantes decisiones procedentes de los poderes legislativos, de las Administraciones públicas y de privados que han de ser adoptadas de manera responsable, con conocimiento de la materia, pero sin conocimiento absoluto de sus repercusiones. No hace muchos años se escribía que legislador y Administraciones públicas dirigían la conducta social y las claves del comportamiento de los ciudadanos; ahora es frecuente leer cómo y con qué dificultades el legislador encara el futuro, maneja o gestiona el riesgo, y proyecta hacia los individuos el potencial de la biotecnología o de las ciencias de la vida. La sociedad evoluciona y su comportamiento es regido, en lo fundamental, por órganos políticos cuya composición y funciones han variado poco en los últimos siglos. Las Administraciones aplican las normas, bien sean las estrictamente entendidas por tales, bien sean las conformadas por privados, y sus actos son revisados por tribunales cuya función y composición tampoco han variado en los últimos siglos. La ciencia y la tecnología desplazan el peso del Derecho y muchos nos preguntamos por cuánto tiempo se sostiene un sistema en el que las soluciones científicas y técnicas ofrecen mayor confianza que las decisiones jurídicas; cómo conjugar elementos tan dispares como seguridad jurídica y gestión del riesgo, o cómo apoyar la certeza del Derecho cuando se aplica el principio de cautela. Ese reto tiene que afrontar la sociedad armándose del apoyo que le prestan los expertos, los comités científicos, los grupos interdisciplinarios y todos aquellos que, por el esfuerzo de su investigación, están en condiciones de adelantar un juicio capaz de dar respuesta a los desafíos del progreso en el medio.

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS TIEMPOS DEL RIESGO. O CUANDO DIVERSAS GALAXIAS SUSTITUYEN EN LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA ÚNICA HASTA AHORA CONOCIDA

1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO CALIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO

En tanto la sociedad entienda que el desenvolvimiento de cualquier actividad o conducta ha de tener una referencia en el Derecho, se

puede definir la seguridad jurídica como la seguridad del Derecho¹. Por esa razón, el Derecho ha de tender a conformarse con un mínimo nivel de certeza o confianza de forma que los individuos encuentren una «estructura y funcionamiento regulares»². La seguridad jurídica, en el plano formal, exige la correcta situación de la estructura normativa en el ordenamiento, tal y como la Constitución dispone; en el plano material exige que el contenido de regulación de las normas se ajuste a la capacidad que cada una de ellas posee en la estructura del ordenamiento para cubrir el supuesto de hecho concreto. Desde el Estado de Derecho, la certeza de la ley no cubre todos los ámbitos necesarios para la consecución de la seguridad jurídica, ya que la vinculación jurídico-constitucional a la ley y al Derecho significa la introducción de una estructura jurisprudencial y jurídico-teórica que se conoce como la interpretación de la ley y que da lugar al proceso de formación del Derecho. La seguridad jurídica no puede quedar reducida exclusivamente al contenido de reglas jurídicas, pues es preciso extenderla a un proceso más amplio en el que convergen las reglas y su interpretación. Esta necesaria simbiosis entre norma y Derecho no puede despreciarse aun cuando se acometa un análisis de la seguridad jurídica desde el punto de vista estricto de la técnica legislativa³.

La seguridad jurídica mejora utilizando una adecuada técnica legislativa; pero sería superficial concluir, en los tiempos actuales, que la técnica legislativa es la panacea de la seguridad jurídica y de la fiabilidad del Derecho. Mejores normas no crean mejor Derecho, pero mejores normas complican menos la creación del Derecho. No toda inseguridad jurídica se origina por normas deficitarias, pero la mayor parte de inseguridad jurídica resulta, en la actualidad, de normas deficitarias. Es posible que en los momentos actuales la seguridad jurídica no signifique ya lo que significó en el pasado, puesto que los tiempos cambiantes, la transformación de la sociedad y la revolución tecnológica y biotecnológica obligan al productor de las normas a navegar en un ámbito de incertidumbre que dificulta su tarea de adoptar decisiones o resoluciones normativas convertibles en reglas capaces de originar estabilidad y certeza jurídica⁴.

¹ F. ARCOS RAMIREZ, *La seguridad jurídica, una teoría formal*, Madrid 2000, p. 32.

² A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 1991, p. 21.

³ K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid 1966, p. 499.

⁴ El Tribunal Constitucional ha calificado en numerosas ocasiones la seguridad jurídica como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, (STC 20 de julio de 1981 y 10 de julio de 1987). La seguridad jurídica, en cuanto certeza de la norma o garantía de la confianza de los ciudadanos, supone una protección de quienes ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos razonablemente imprevisibles, especialmente en cuanto a su conducta económica. La seguridad jurídica, como jerarquía, prohíbe la remisión en blanco a

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEPENDE DE LA NORMATIVIDAD Y NO DEL TEXTO DE LA NORMA

La seguridad jurídica es una cualidad del Derecho que opera como resultado de la estructura de la norma, de su normatividad y de su texto, en función, además, del ser de la norma. El *sein* significa la norma jurídica como orden, como juicio hipotético, como principio configurado de manera lógica y formal, como voluntad vacía de contenido. Por ello, el Derecho y la realidad, la norma y el supuesto de la realidad que aquélla contempla existen en ocasiones confrontados, lo que en el rigorismo neokantiano sería el enfrentamiento entre el ser y el deber ser. Norma y realidad aparecen separadas y así hay que tratarlas; por ello, la seguridad jurídica aparenta tener una influencia distinta en el positivismo puro que en otras corrientes jurídicas. Lejos del positivismo, norma y texto de la norma pretenden ofrecer una seguridad jurídica que no se hace depender estrictamente del resultado de los preceptos sino del resultado de su aplicación a través de un complejo proceso interpretativo. Mediante éste se presume la realidad en el texto de la norma, a sabiendas de que el texto de la norma expresa su normatividad dentro de un conjunto o de la totalidad de una estructura jurídica del ordenamiento desarrollado durante decenios o siglos, sometido a todo tipo y naturaleza de interpretación⁵.

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y REGLAS CONFIGURADAS POR PRIVADOS

De entender que el objetivo de la legislación es la estabilidad del comportamiento social y de las relaciones del individuo con otros indi-

los reglamentos. La seguridad jurídica, referida al derecho fundamental a la legalidad punitiva, comporta la garantía de orden material y de carácter absoluto en los ámbitos en que se producen las limitaciones de los derechos afectados por sanciones penales y administrativas, y de orden formal, referida al rango forzosamente legal de las normas tipificadoras de las conductas y reguladoras de las sanciones. La seguridad jurídica, como irretroactividad de las normas, tiene sus excepciones en las normas sancionadoras más favorables y en las normas tributarias, pero eso no viene a significar que la legitimidad de tal retroactividad no pueda ser cuestionada cuando entra en colisión con otros principios, precisamente el de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica no se ha entendido como valor absoluto, puesto que ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente; tampoco se entiende como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen jurídico, en concreto, el fiscal. La seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional así lo explicitan. A la vez que determinan que la vulneración de la Constitución por vulneración de la seguridad jurídica no puede establecerse sino mediante un análisis de las circunstancias concretas que concurren y, especialmente, de la previsibilidad de la medida adoptada y de las razones que han llevado a adoptarla y, a su vez, el alcance de la misma puede llegar a calibrarse «sólo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia», STC 82/1997 FJ 12. La seguridad jurídica como claridad y certeza del Derecho es también un principio exigible en la utilización correcta de las normas. Exige el mantenimiento de los límites concretos en aquellas leyes con contenido constitucionalmente definido, como la Ley de Presupuestos Generales, STC 65/1990, 178/1994.

⁵ F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1976, p. 116.

viduos, a la vez que la permanencia de tales relaciones, podría concluirse que crear orden y seguridad jurídica es la misión principal o la función esencial del ordenamiento. Sin embargo, en los tiempos actuales, esos fines son menos relevantes porque es de todos conocido que la función del ordenamiento es, fundamentalmente, la dirección orientativa o la consolidación determinativa e incluso la función directriz determinativa en ámbitos concretos como la sanidad, la economía, el medio ambiente, el comercio, etc.⁶

La creciente complejidad de la sociedad ha conducido, además, a que el Estado permita que los propios individuos que están capacitados de un conocimiento especializado intervengan, a través de su potencial normativo y a través de procedimientos consensuados, en el establecimiento de un tipo de normas que crecen paralelas a las auténticas normas emanadas del poder legislativo; aunque sean asumidas de manera voluntaria poseen un alto nivel de efectividad porque cubren todos aquellos espacios que el legislador no podría rellenar por excesiva especialización de la materia. Existen sectores en los que la sociedad ha producido reglas paralelas a las auténticamente legislativas que no pueden ignorarse cuando se habla de seguridad jurídica, ya que, en ocasiones, se trata de un ordenamiento paralelo aplicable a productos, procesos o tecnologías que mueven ámbitos económicos en los procesos productivos. Curiosamente, este tipo de reglas poseen un mayor nivel de aceptación, aun cuando su contenido sea exclusivamente técnico-económico, que las reglas jurídicas emanadas del legislativo; circunstancia ésta que puede llevar a pensar si la sociedad, a través de procesos de autorregulación o de creación de normas técnicas (aunque pueda parecer igual, no resultan ambas lo mismo), desplazará en un futuro la capacidad normativa del Estado.

El panorama que se acaba de describir se completa haciendo mención a los Comités de expertos o Comités científicos que asesoran a los poderes públicos, bien sea a nivel de ley, de reglamento, o de actos administrativos, de forma preceptiva o no preceptiva, a través de dictámenes o informes vinculantes o no vinculantes. El hipotético control de las normas, al menos en cuanto a la determinación del supuesto de hecho adecuado y adaptado al estado de la ciencia, de la realidad y de la tecnología, introduce en los procesos normativos o de toma de decisión un tipo de censura de calidad siempre necesaria en el Derecho. El juicio de la ciencia, del que está tan necesitado el poder político, otorga a la legislación un aura de legitimación, puesto que la composición de los comités, próxima a todos los sectores sociales, aporta una mayor cualidad en el texto de la norma, aun cuando la aleje, generalmente, de su normatividad, entendiendo por ésta, como ya dijimos, la estructura anterior y

⁶ G. MÜLLER, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zurich, 1999, pp. 10 y 11.

total de las normas. Esta circunstancia origina que en algunos sectores, como los de la biotecnología, las ciencias de la vida o el medio ambiente, el alejamiento de la nueva norma respecto de la normatividad de sus reglas exija una interpretación más compleja aunque, en contraposición, favorezca o aumente la seguridad jurídica.

En otro orden de cosas, sabemos que el sector económico está sometido a reglas de libertad de competencia que no han originado necesariamente la desaparición de empresas del sector público, históricamente monopolísticas, que conviven ahora con empresas privadas, y cuyo tratamiento necesitaba de un sistema neutral que propiciase el establecimiento de unas reglas que permitan convivir empresas privadas y empresas que, actuando en lo semipúblico ejercen una influencia determinada en el sector. Se buscó, para evitar la desigualdad de trato, la creación de un sistema de órganos de corte anglosajón, como las autoridades reguladoras independientes. Mediante ellas, el poder público, a través de la denominada técnica de la regulación, determina el régimen de una actividad económica o disciplina un sector; la autoridad independiente que reglamenta o regula no utiliza tan sólo instrumentos o técnicas de ordenación⁷, concepto que no es ajeno al Derecho administrativo pues se ha querido equiparar a la actividad de policía, que utiliza técnicas diversas como el arbitraje, la mediación, técnicas contractuales, etc. La actividad de regulación pone orden en el funcionamiento del mercado, conjuga los diversos intereses y objetivos y establece el marco de actuación entre todos los operadores. La regulación, la compensación y el acople de intereses de la actividad desregulada sustituyen a otro tipo de poder autoritario unilateral. El legislador se limita a establecer las competencias, potestades, ámbito de las facultades de la autoridad reguladora y sus responsabilidades, dejando libertad en la forma de su ejercicio. Un buen número de los actos que estas autoridades producen, algunos de ellos equiparables a auténticas reglamentaciones, se deducen de la actividad legislativa genérica o estricta procedente del legislativo.

El fenómeno de la autorregulación ha de ser también mencionado. El hecho de que los Estados hayan de garantizar actividades o ámbitos no estrictamente regulados por el Derecho, ha dado lugar al uso de la llamada autorregulación, tanto en la vida empresarial como en la vida profesional o en el sector industrial. Aunque la autorregulación y el control de los medios de comunicación puede ser verdaderamente un paradigma, en los momentos actuales la autorregulación ha llegado a extenderse a ámbitos profesionales, incluso a la función pública: los có-

⁷ J. TORNOS MAS, «La actividad de regulación». *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo, Tomo I)*, p. 1339.

digos de conducta son un ejemplo. La autorregulación, que en el fondo ha funcionado como un elemento colateral o alternativo a la denominada desregulación es un concepto complejo que, bajo la convergencia de sujetos e instrumentos es ejercitada por organismos que utilizan como instrumentos normativos, códigos éticos de conducta, normas técnicas, manuales de buenas prácticas, o protocolos y procedimientos normalizados de trabajo. La autorregulación significa un adelgazamiento del poder regulador del Estado, su descarga, y la atribución de una cierta responsabilidad a los sujetos sociales encargados de ella. En las fuentes del Derecho no tienen entrada las normas o reglas procedentes de la autorregulación. Sin embargo, pueden considerarse como un ordenamiento propio de un subsistema tanto técnico como ético-científico dedicado a marcar el estado de los conocimientos alcanzados en estos campos a través de reglas que disciplinan la actividad interna de una organización⁸. Tal vez no estarán los instrumentos de autorregulación entre las fuentes del Derecho, pero las decisiones así adoptadas adquieren carta de naturaleza y se convierten en un instrumento normativo o forma negociada del Derecho, por lo general, a través de condiciones contractuales o, como se ha dicho, de reglas privadas que disciplinan la actividad interna⁹.

Completa el cuadro anterior la mención a las normas y especificaciones técnicas de cumplimiento voluntario, ya citadas al comienzo de este apartado que, siendo elaboradas por privados u organizaciones reconocidas a nivel nacional o internacional, disciplinan buena parte de procesos en la industria y en el medio ambiente, puesto que fijan estándares y objetivos de calidad con métodos de evaluación de análisis o de resultados, al igual que determinarán requisitos de homologación en el comercio de determinados productos¹⁰.

⁸ J. ESTEVE PARDO denomina este fenómeno remisión recepticia «cuando resueltamente se asumen como propios los resultados de la autorregulación. Cuando se produce una remisión nominada o precisa que la identifique sin cuestión a una concreta norma o declaración». *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona, 2002, pp. 146 y 147.

⁹ G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado, una discusión abierta». *RDP* 1999, p. 37.

¹⁰ La norma técnica no se puede desvincular del principio de legalidad ni del principio del Estado de Derecho; una ley formal habría de delegar o habilitar, directamente o a través de reglamentaciones, los elementos directamente relacionados de carácter técnico y científico para que pueda existir conformidad entre las cláusulas generales o los principios generales de las normas y la elaboración de la norma técnica. En todo caso, el contenido, los objetivos y las finalidades debieran estar fijadas en la norma.

Una ley formal debiera habilitar a determinados organismos, con representación de los poderes públicos, de las asociaciones, de los particulares y de los consumidores y usuarios, para dictar tal tipo de normas. La elección de los sujetos habría de buscarse por su carácter imparcial e independiente. La procedencia del mundo científico habría de estar garantizada. De esa forma, la norma técnica se basaría ciertamente en los resultados conjuntos de la ciencia, de la tecnología y de la experiencia.

4. TEXTOS NORMATIVOS COMO EXPRESIÓN DE CONTENIDOS, SEÑALES Y SÍMBOLOS. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EFICIENCIA DEL DERECHO

Nuevamente, de entender que la función del ordenamiento jurídico es aportar orden y permanencia en los comportamientos, dirección y desarrollo de la sociedad, legitimación, integración o búsqueda de consenso en determinados conflictos políticos, ha de distinguirse entre normatividad, norma y texto de la norma, delimitando la función y la capacidad del texto del precepto. Y en ello estriba, precisamente, el problema: en analizar el texto de la norma como contenido o como señal o símbolo, especialmente cuando el texto de la norma no contiene la normatividad y la estructura material concreta de la regla; o cuando sus expresiones y frases otorgan sentidos, marcan finalidades e impiden, de manera lógica, la representación de la función de la consecuencia jurídica en el texto a través de la habitual tarea interpretativa. Lo específico en los textos normativos es la cualidad de la normatividad, es decir, el complejo regulativo subordinado que le está atribuido¹¹. La normatividad no es una cualidad del texto tal como se muestra; la normatividad es un proceso o antecedente estructurado, pues cada norma no constituye un elemento aislado en el ordenamiento e incomunicado en el mundo del Derecho sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado (STC 233/1999, FJ 19). Es preciso, en consecuencia, analizar el texto del precepto concreto y, a la vez, la normatividad del complejo de reglas al cual pertenece aquél para llegar así al análisis del comportamiento y de la relación entre el precepto, como texto de una norma y la normatividad que aquél proyecta.

Cómo se compadecen seguridad jurídica y certeza, predictibilidad y previsibilidad, estabilidad y coherencia normativa con expresiones tales como desarrollo sostenible, estado de la técnica, estado de la ciencia, mejor tecnología disponible, gestión del riesgo, principio de cautela y tantas otras cláusulas cuyo conocimiento parece ser notorio pero cuya interpretación no resulta unánime, ni mucho menos su definición, no es tarea fácil; se sabe, eso sí, que expresiones como las anteriores configuran contenidos y que su interpretación ha de tener en cuenta derechos fundamentales, y valores constitucionales como la dignidad

El establecimiento de la norma técnica por cooperación y consenso de los poderes públicos, interesados, asociaciones, etc., no bastaría solamente para darles carácter normativo, sino que sería necesaria su aprobación posterior por la Administración, bien en forma de reglamento, bien mediante un acuerdo que, por seguridad jurídica, estableciese su eficacia tras la publicación en un Boletín Oficial. Sin conocimiento de la norma no podría existir seguridad jurídica.

¹¹ F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1976, p. 116.

humana. No hay que rendirse ante la dificultad ni llegar a la conclusión de que la seguridad jurídica es un concepto trasnochado incompatible con el cambio tecnológico y social; tal vez haya sólo que reducir nuestras pretensiones tratando de relativizar el concepto de seguridad jurídica, llevándolo hacia una expresión que acentúe la eficiencia de las normas, de forma que valgan para aquello que se concibieron, y puedan desplegar en el conjunto de la sociedad tan sólo los efectos que su creador ligó a su existencia. En términos actuales ya es bastante seguridad jurídica la que produce una norma cuyos efectos son los pretendidos eliminando toda posibilidad de otros colaterales, no queridos ni deseados. Tal vez los ciudadanos esperan de la seguridad jurídica algo más que un valor absoluto, un valor del ordenamiento (ya sabemos que lo es) o una cualidad ontológica del Derecho; posiblemente se perciba hoy la seguridad jurídica como una cualidad de eficiencia de las reglas jurídicas y de su utilidad; cualidad que posiblemente podría proyectar también previsión y certeza en los límites en que ahora pueden desearse.

II. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE CAUTELA

Como es lógico, no cabe esperar que de estas líneas resulte un trabajo redondeado sobre el principio de cautela; no es la misión que ahora me he propuesto. Pero sí es necesario hacer mención a tal principio de precaución o de cautela, ya que se trata de una cláusula técnica en cuya definición o determinación intervienen necesariamente expertos, científicos y personal cualificado en cada uno de los sectores en los que opera. Al igual que sucede con otros conceptos como el de desarrollo sostenible, o el de gestión del riesgo, se trata de remisiones que contienen a veces la consecuencia y a veces el supuesto de hecho de una norma, si bien se les denomina doctrinalmente bajo el calificativo de «dictámenes periciales anticipados»¹². A los efectos de intentar defender la primacía de la norma en el Estado de Derecho entiendo, sin embargo, el principio de cautela como una remisión del legislativo a operadores y destinatarios para que rellenen su contenido normativo. El legislador no tiene más remedio que definir su posición ante ese concepto técnico que introduce en las normas, para que otros, al rellenar su contenido, conozcan cuándo se apartan de tal concepto o cláusula técnica o cuándo se aproximan a él. ¿Cómo interpretar que el principio de cautela permite acordar medidas, de naturaleza provisional o temporal, basadas en la información existente en un momento, a la espera de con-

¹² J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho*. 1999, pp. 176 y 177.

tinuar evaluando el riesgo y las medidas, revisando éstas, si es necesario, en un futuro próximo?

Las definiciones del principio de cautela no son homogéneas¹³. El legislador se encuentra ante la incertidumbre de las consecuencias exactas de determinada actividad, proceso o técnica, pero ello no debe servir de pretexto para no ejercitar ciertas acciones ni para dejar de adoptar las medidas que eviten el deterioro del medio. Es un principio jurídico, como dicen algunos, un principio filosófico o moral, como dicen otros; en mi opinión, *el principio de cautela es el nuevo molde de la seguridad jurídica, el sustitutivo, en algunos casos, de la seguridad jurídica, que permite elegir entre diversas medidas la adopción de la de cautela, de orden y contenido diverso*¹⁴. El principio de cautela, o su función, es

¹³ Artículo 6 de la Ley 20/2002 del Parlamento de Cataluña, reguladora de la seguridad alimentaria: 1. «Cuando, previa evaluación de la información disponible, se prevea la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos para la salud, derivados de un proceso o de un producto que permita determinar el riesgo con suficiente certeza, aunque hay incertidumbre científica, pueden adoptarse medidas adicionales de gestión del riesgo para asegurar la protección de la salud, a la espera de la información científica adicional que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva».

Art. 3. apartado c) de la Ley 8/2002, reguladora de la protección del ambiente atmosférico en Galicia: ... «el de precaución, adoptando medidas cuando existan riesgos graves para la salud humana o el medio ambiente, aun en caso de que no pueda justificarse claramente el nexo causal sobre la base de las pruebas científicas disponibles». Esta última definición, más concisa, es mucho más explicativa por el hecho del establecimiento del nexo causal.

Exposición de motivos del RD 1445/2000, que modifica el RD 490/1998, de reglamentación técnico sanitaria específica de alimentos infantiles ... «en los casos en que las pruebas científicas ... sean insuficientes, el principio de precaución permite adoptar medidas provisionales adecuadas a la información disponible a la espera de una evaluación suplementaria del riesgo y una revisión de las medidas transcurrido un período de tiempo razonable».

¹⁴ Se habla también de la teoría o del criterio del riesgo probable. Concepto introducido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se asemeja al principio de precaución, especialmente tenido en cuenta en la crisis de las vacas locas, y que negó en varias ocasiones la suspensión de las medidas impuestas por la Comisión. Así, el Auto de 12 de julio de 1996 y el de 13 de julio de 1996. (TPI ... «habida cuenta de las circunstancias del presente caso, que se caracterizan por la gravedad y amplitud del riesgo probable, la urgencia de la situación y la complejidad de la evaluación de sus múltiples aspectos, tanto sanitarios como económicos y sociales ... reconociendo a la Comisión ... una amplia facultad de apreciación para adoptar las medidas apropiadas necesarias». También durante la crisis de las vacas locas, el TJCE dictó la Sentencia *Reino Unido/Comisión*, de 5 de mayo de 1998, y la sentencia *National Farmers Union* de 5 de mayo de 1998. El TJCE hace referencia a los principios de cautela y acción preventiva del artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea. Se basa en varios argumentos, entre ellos la proporcionalidad, por su falta, la desviación de poder, la infracción del principio de libertad de circulación. Estima que la medida de la Comisión no se había alejado de los límites y objetivos comunitarios, ante la incertidumbre de los riesgos ocasionados por la crisis de las vacas locas; las instituciones pueden adoptar, siempre que tengan dudas sobre la existencia o alcance de los riesgos para las personas y su salud, las medidas de protección necesarias sin necesidad de esperar a que se manifieste plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos. Más recientemente, la STJCE de 11 de septiembre de 2002 (virginiamicina) introduce el concepto de error manifiesto en la evaluación de los riesgos, en relación con las normas que autorizaban la utilización de antibióticos como aditivos en la alimentación animal.

El artículo 200-1 del Código Rural Francés desde la Ley 95/101 Barnier, de 2 de febrero de 1995, define el principio de precaución o cautela como aquél según el cual «en ausencia de

equiparable a la función del principio de seguridad jurídica en el tiempo moderno. Hay autores que señalan que el principio de cautela es una regla de Derecho, una regla jurídica con un valor y alcance propios¹⁵. Es un valor jurídico obligatorio en cuanto se encuentra en el actual artículo 174.3 del tratado de Roma, derivado del antiguo 130.R en la versión del Tratado de Maastricht. Lo importante es que el principio de cautela se utiliza más allá del Derecho ambiental, ya que, como se sabe, la salud, la seguridad alimentaria, las libertades públicas, la defensa nacional, los accidentes colectivos, o las catástrofes naturales son materias que se gestionan a la vista de tal principio.

La consagración del principio de cautela se produjo en la Conferencia de Río sobre el medio ambiente, en 1992 (Principio 15); aunque en el Tratado de Roma sólo se menciona explícitamente en el ámbito del medio ambiente, su alcance es mayor. Abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio, la salud humana, animal o vegetal, pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido (Comunicación de la Comisión sobre el principio de cautela, 2000).

Cabría preguntarse *si la cautela es la certeza en tiempos de incertidumbre; o la seguridad en períodos de inseguridad*. En las materias que rodean la salud humana, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, entre otras, la seguridad jurídica o tiene que hacerse depender del principio de cautela o puede hacerse derivar del principio de cautela. No es que esté absolutamente convencida de que sólo en este siglo se ha de decidir en la incertidumbre; los seres humanos posiblemente han vivido fases de incertidumbre semejantes a las que ahora afectan a las decisiones plurales; pero de lo que sí estoy convencida es de que la

certidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y tecnológicos del momento, no ha de retardarse la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al desarrollo a un coste económicamente aceptable». A mi juicio, una de las mejores definiciones del principio de cautela. Es una forma de anticiparse a la consumación de riesgos inciertos que implica avanzarse al riesgo, antes de que se convierta en un daño irreparable o irreversible. Es un efecto legal de la incertidumbre científica, por tanto, una política de acción en contra de la incertidumbre («Policy for action in the face of uncertainty»), que da preferencia a la prevención por encima de la curación. P.H. KOURILYSKY y G. VINEY, *Le principe de precaution*, La documentation française, 2000, p. 212.

¹⁵ Con eso se encuentra el legislador de los tiempos modernos. Debe decidir qué límite de riesgo se permite a una tecnología; no se le impide que prohíba una tecnología en tanto exista un riesgo. Cuando la permita, no lo hace a costa de cualquier valor, sino con garantías para los elementos fundamentales o la seguridad jurídica y la confianza legítima. F. OSSEN-BÜHL, *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter* (Vorträge der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, G 367), Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000.

capacidad de destrucción o de daño a la que se está sometido actualmente es mayor a la que se pudo estar sometido en cualquier período histórico. La seguridad jurídica ya no es la seguridad absoluta; tampoco existe el riesgo cero. En la sociedad del riesgo, la gestión de la inseguridad o del riesgo puede manejarse a través del principio de cautela.

En alguna ocasión se han aducido razones de técnica legislativa para no aceptar en las normas la utilización de conceptos jurídicos indeterminados¹⁶, como principio de cautela, con excesiva frecuencia. Pero estamos ahora ante algo más que conceptos jurídicos indeterminados. Estamos ante criterios lógicos, técnicos o de experiencia. El legislador busca certeza en el contexto económico, ambiental, profesional, etc., allí donde perfila sus contenidos. Los conceptos jurídicos indeterminados no son incompatibles con la seguridad jurídica; y el concepto principio de precaución o principio de cautela podría comenzar a equipararse como una aproximación a la seguridad jurídica en los momentos en que la propia sociedad y sus agentes se refuerzan a través de la autorregulación o del ejercicio privado de funciones cuasi normativas. En el fondo es la eficiencia: *obtener protección a cambio de precaución*. Cómo, sino, puede operar la seguridad jurídica «como suma de certeza...» según palabras del Tribunal Constitucional, cuando ésta no puede existir *a priori*¹⁷.

¹⁶ M.J. MONTORO CHINER, *Adecuación y factibilidad: Presupuestos de calidad de las normas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, p. 53. Yo personalmente así lo hice en 1989 advirtiendo de que los conceptos jurídicos indeterminados habrían de evitarse para tipificar infracciones, aun cuando pueden ser utilizados como criterios que permitan atenuar o agravar una sanción.

¹⁷ El legislador se aproxima a la realidad inmerso, no sólo en la incertidumbre, sino en ocasiones en el desconocimiento. Ello significa que duda al determinar el supuesto de hecho y puede dudar al determinar la consecuencia jurídica. Por esa razón, utiliza la técnica de delegar la búsqueda del conocimiento en quienes pueden proporcionárselo, tanto para la aplicación de la norma como para su futura modificación o para evaluar sus repercusiones de cara a un hipotético riesgo. Así, el artículo 4.4.a) de la Ley 11/2001, de creación de la Agencia española de seguridad alimentaria, desarrollado por el Real Decreto 709/2002 que aprueba su Estatuto, determina la constitución de un comité científico que ha de proporcionar a la Agencia dictámenes científicos en materia de seguridad alimentaria, además de coordinar los trabajos de los grupos de expertos que realicen actividades de evaluación de riesgos en el marco de las actuaciones de la Agencia. El reglamento desarrollador incluye un comité científico entre los llamados órganos de evaluación de riesgos. La Agencia ha de actuar de acuerdo con el principio de evaluación continua, y sus decisiones han de basarse en conocimientos y datos objetivos de análisis de riesgos formalmente realizados y serán adoptados de acuerdo con la protección de la salud, el interés público y el principio de precaución, que equivale a la cautela. También en el ámbito de la salud pública se encuentran referencias normativas que ligan la búsqueda o el mantenimiento de niveles de seguridad en todas las fases de un proceso, como, por ejemplo, la cadena transfusional, a la prestación de asesoramiento técnico por un comité científico cuya función es meramente la de proponer directrices sobre seguridad transfusional; así, el Real Decreto 1945/1985 que regula la hemodonación y los bancos de sangre en la versión modificada de su capítulo sexto por el Real Decreto 62/2003. En otro orden de cosas, la Administración pública busca asesoramiento en la consecución del desarrollo sostenible ante el

Pues bien, aunque el Estado de Derecho sea signo de predictibilidad y de capacidad regulativa, la ciencia alcanza el progreso con un margen de inseguridad que rompe los esquemas jurídicos habituales. El Estado preventivo sería el único capaz de compensar los riesgos de la sociedad: prevención para impedir lo legalmente prohibido pero también prevención para evitar toda situación no esperada. Cuando la capacidad regulativa del Estado desconoce la amplitud de los daños que puedan originarse, la producción normativa y su aplicación ha de ir respaldada y amparada por la experiencia. Necesario es, pues, plantearse que cualquier grupo de expertos o comité no expresa el sentir de una colectividad, ni la voluntad de la colectividad; por lo general, expresa criterios técnicos fruto de un consenso científico multidisciplinar. Pero lo que algunos entienden como un logro efectivo, producir normas respaldadas por la experiencia y por la ciencia, para otros es un signo de renuncia del Estado en beneficio de la ciencia, cuestionando su legitimidad democrática, el quebrantamiento de la división de poderes, o la pérdida de la capacidad regulativa del Estado.

III. EL DERECHO PILOTADO. LOS COMITÉS CIENTÍFICOS, EL JUICIO DE EXPERIENCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

1. CIENCIA Y DECISIÓN POLÍTICA. LA PUJANZA DE LO CIENTÍFICO

En el mundo moderno el ciudadano confía en la racionalidad de un orden¹⁸. La desconfianza en las decisiones políticas distancia a los actores y destinatarios de las normas del orden creado, pero acerca en la medida en que pueden intervenir en el proceso. Tal vez se equivocaba Maquiavelo al escribir que «el estudio y los libros no son suficientes para sostener a los Estados» ya que, aparentemente, la investigación y la ciencia continúan manteniendo a los Estados o, al menos, fortaleciendo su legitimidad. No es de extrañar que el proceso de legitimación que exige la sociedad, por diversos medios, consista en ser partícipe en la definición de decisiones que afectan a su salud, al medio ambiente,

incremento de la constante adopción de medidas cuyo contenido técnico ha de ser suficientemente evaluado dada la complejidad de los aspectos que han de tomarse en consideración; así, la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 2795/2002 por la que se crea el Comité Científico del Ministerio.

¹⁸ A. CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional». *REDC* n.º 11, 1984, p. 53. «Juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad coinciden tanto en su contenido—sólo lo razonable es constitucional— como en su límite—dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente válidas, porque todas ellas son objetivamente no arbitrarias—.

etcétera. La aparición de los comités científicos ha constituido un buen ejemplo, pudiéndose contar entre los más tempranamente extendidos los llamados comités de Ética y de Bioética¹⁹.

La eclosión de los comités científicos en nuestro país comienza tras la creación de los comités de ética para los ensayos clínicos en 1978, compuestos exclusivamente por personal sanitario, que toman carta de naturaleza a propósito de la Ley General de Sanidad, 14/1986. En ese sentido, el informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, del Congreso de los Diputados, aprobado por el pleno el 10 de abril de 1986, arrojó la promulgación de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana; se anunciaba en ella la constitución de una Comisión nacional multidisciplinar con capacidad autorizatoria de investigación, en ausencia de normativa, con la finalidad de orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Meses después, la Ley del Medicamento, 25/1990, regulaba, en su título tercero dedicado a los ensayos clínicos, la constitución de los comités éticos de investigación clínica, prescribiendo que ningún ensayo clínico podía ser realizado sin informe previo de un comité ético de investigación clínica con independencia de quienes fueren sus promotores e investigadores; los comités éticos se componen de un equipo interdisciplinar integrado por médicos, farmacéuticos de hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias, de las que, al menos una, será jurista²⁰.

¹⁹ Suele ser habitual la cita acerca de la investigación realizada al sur de los Estados Unidos en los años treinta, sobre un número concreto de enfermos de sífilis, antes del descubrimiento de la penicilina. Continuada la investigación a lo largo de los años, y en 1972, a propósito de la credibilidad de determinados tratamientos a los que fueron sometidos, y de numerosos artículos de revista publicados, se llega a la conclusión de que los experimentos clínicos sólo pueden realizarse bajo estrictos protocolos. Resultaba esencial para los médicos el deber de recabar el consentimiento de los pacientes sometidos a cualquier ensayo o experimento. Pronto la experiencia norteamericana se extendió a Canadá, Europa y Japón, no estando ésta exenta de críticas, ya que el propio Secretario de Estado para los derechos del hombre, decía en *L'Express* el 26 de junio de 1987 que el recurso al magisterio de los sabios trata de suplir las carencias de los políticos. Frase lapidaria que no oculta lo que antes adelantábamos: el temor a sustituir la soberanía del pueblo por la soberanía de los sabios o de los técnicos. W. BERKA «Rechtliche Probleme im Hinblick auf die Tätigkeit der Ethikkommissionen», *Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen*, Wien 1996. La cronología de la institucionalización de las comisiones de ética puede verse entre nosotros en A. CAMBRON, «Las comisiones nacionales de Bioética», en *Bioética, derecho y sociedad*, coordinado por M. CASADO.

²⁰ En los años 90 la proliferación de los comités científicos alcanza casi cualquier sector estratégico de la salud humana, de los alimentos, de los consumidores y usuarios, etc. Así, el Comité Científico de Defensa, Orden 49/1992, asesora al Ministro de Defensa en materias relacionadas con el fomento, coordinación de la investigación científica y técnica en el ámbito de la defensa nacional; el Comité Asesor de Cosmetología, creado por Real Decreto 349/1988 y constituido por Orden ministerial de 1996, asegura una eficaz aplicación de las reglamentaciones técnico-sanitarias y del conocimiento y valoración de los continuos avances científicos en

Junto a los comités científicos que surgen inmediatamente de una exigencia legal, aparecen otros de naturaleza informal, o no formalizada, creados por instituciones sanitarias privadas o medioambientales con objetivos diversos; desde observatorios del riesgo (asociado al ciclo del agua, al territorio, etc.) hasta el recientemente creado Comité Asesor de Ética constituido mediante resolución del Patronato de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, compuesto por expertos en una amplia gama de áreas de conocimiento, entre las que se incluyen las ciencias de la vida y del medio ambiente, cuya misión consiste en elaborar informes y recomendaciones sobre las cuestiones éticas que puedan suscitarse en la investigación de cualquier campo de la actividad científica, como la biotecnología, la salud, las tecnologías de la información o las comunicaciones, y cuya primera toma de posición podía influir en la decisión que adoptase el legislativo respecto a la interpretación del artículo 11.3 de la Ley de Reproducción humana asistida y, en concreto, en la delicada cuestión de la investigación con preembriones resultantes del proceso de fecundación por reproducción asistida, una vez transcurridos cinco años. Como así ha sido, aunque la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, efectuada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, no está agotando el alcance que las Recomendaciones del Comité Asesor proponían.

Adscritos a las universidades o a sus fundaciones, han surgido observatorios cuya misión consiste en formar un estado de opinión resultante del análisis interdisciplinar de cuestiones que afecten o posean implicaciones éticas, sociales y jurídicas de la biotecnología. En el ámbito concreto de la investigación con células madre embrionarias, de la criopreservación y donación de ovocitos para la reproducción asistida,

el campo de los productos cosméticos; el Comité Científico del Ministerio de Medio Ambiente, integrado por miembros de reconocido prestigio de la comunidad científica, asesora en medidas cuyo contenido técnico ha de ser suficientemente evaluado, según establece la Orden 2795/2002; la Orden de 12 de julio de 2001 crea el Comité Científico especializado de parques nacionales, que tiene la tarea genérica de asesorar no sólo actividades de investigación sino la identificación y detección de las principales lagunas de información científica relacionadas con la gestión de los parques, siendo su composición también multidisciplinar. Por Real Decreto 62/2003 se crea el Comité Científico para la seguridad transfusional y comisiones de hemoterapia. Como ya se ha hecho referencia, en el Real Decreto 709/2002 se regula la composición y funcionamiento del Comité Científico de evaluación de riesgos en materia de seguridad alimentaria. Las finalidades de las comisiones, y su variada composición llegan hasta el que se denomina Comité Científico de evaluación y seguimiento de fenómenos volcánicos que, por Resolución de la Secretaría de Estado de Interior de 21 de febrero 1996, tiene la finalidad de establecer la tipología de los posibles fenómenos precursores de crisis eruptivas, pudiendo formular recomendaciones a las autoridades competentes sobre medidas de intervención para disminuir los riesgos que puedan derivarse de una erupción volcánica.

Especial relevancia posee la Comisión Nacional de Bioseguridad (Ley 15/1994 y RD 951/1997) que informa preceptivamente las solicitudes de autorización de productos transgénicos. En el ámbito autonómico el número de los creados por las Comunidades Autónomas no es menor.

A nivel internacional puede destacarse el *Intergovernmental Panel on climate change*, por su Informe de 1990.

entre otros, cabe mencionar el grupo de opinión del Observatorio de Bioética y Derecho del Parque Científico de la Universidad de Barcelona²¹.

La exposición y enumeración descriptiva de los comités científicos que acaba de realizarse no tiene otra finalidad que la de demostrar su diversidad y la multiplicidad de sus funciones; no se ha considerado oportuno enumerar todos los constituidos, puesto que con los anteriores hay suficiente material para poder sistematizar: si asesoran al legislativo o a asesoran a la Administración, si sus dictámenes son vinculantes o si son meramente preceptivos, y, específicamente, en qué medida mediatizan la decisión de los poderes públicos y de la sociedad, dirigiendo el comportamiento de los particulares en la forma en que lo haría *un legislador en la sombra*.

2. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA CREACIÓN DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS Y DE SU FUNCIÓN

A pesar de las profecías sobre la desaparición paulatina del Estado y de su pérdida de poder, parece que éste renace de otra forma²².

El poder político y el poder de la experiencia no resultan contradictorios; resultan plenamente complementarios. Desde la idea del progreso y la aspiración de la calidad de vida, tal como se proclama en el preámbulo de la Constitución, establecer la seguridad y promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, son misiones que pueden conseguirse a través de juicios políticos, de decisiones jurídicas, y del poder de la experiencia o de la ciencia. El deber de los poderes públicos de promover las condiciones para equiparar la igualdad formal con la igualdad material y remover los obstáculos que impidan su plenitud, a la vez que facilitar la participación de todos en las decisiones políticas económicas y sociales, tal como proclama el artículo 9.2 de la Constitución, es compatible con la introducción del juicio de los comités científicos en el proceso de decisión política. Por

²¹ El Observatorio de Bioética y Derecho, dirigido por la profesora María CASADO, ha publicado numerosas aportaciones que recogen el estado de opinión del grupo interdisciplinar compuesto por juristas, expertos en biología celular, médicos genetistas, filósofos, expertos en genética médica, etc. Las publicaciones que dan cuenta de la toma de posición del grupo de opinión han sido coordinadas por la profesora María CASADO y por el profesor Josep EGOZCUE; yo misma tengo la satisfacción de pertenecer a ese grupo de opinión. En orden cronológico son las siguientes: documentos sobre investigación con embriones, documentos sobre donación de ovocitos, documentos sobre voluntades anticipadas, documentos sobre células madre embrionarias, documentos sobre congelación de ovocitos para la reproducción humana, y documentos sobre salud sexual, reproductiva en la adolescencia y selección del sexo de los hijos.

²² A. BENZ, *Der moderne Staat-Grundlagen der politologischen Analyse*. München, 2001, p. 9.

otra parte, la garantía de responsabilidad de los poderes públicos, así como la interdicción de la arbitrariedad, no sólo justifica, sino que conmina a atribuir a la decisión de un comité científico aquellas cuestiones que afecten al presente, comprometiendo el futuro y aquellas otras en cuya decisión se imbrican aspectos técnicos jurídicos o incluso éticos (especialmente conexos con los derechos fundamentales) que implican cualquier tipo de riesgo²³.

Si, alejados del ámbito de los principios, pasamos al plano de los derechos fundamentales, la justificación de la racionalidad y del juicio de experiencia que aportan los comités científicos es incuestionable. Los derechos fundamentales no siempre están protegidos en la Constitución a través de contornos precisos; la regulación de su ejercicio exige formalmente rango de ley, respeto a su contenido esencial y, por tanto, exactitud y certeza de las normas o de los preceptos. Confusión, dispersión, supuestos de hecho no atinados y consecuencias jurídicas insuficientemente evaluadas son incompatibles con los derechos fundamentales. No siempre, sin embargo, es dado al legislador conocer la variedad de las consecuencias que los riesgos de la sociedad proyectan negativamente sobre los derechos fundamentales. Por esa razón, si la ciencia alcanza el progreso con un margen de inseguridad apreciable que rompe los esquemas jurídicos habituales, el legislador ha de ampararse también en la ciencia y en la investigación con el fin de prevenir o de evitar cualquier situación o consecuencia que disminuya la capacidad regulativa del Derecho en la protección de los derechos fundamentales. Si la producción normativa va acompañada de la experiencia, es posible que las normas surjan constantemente adaptadas a la realidad científica y tecnológica o, al menos, que el legislador, al acoger las observaciones y los consejos fundamentados en la ciencia, proyecte normas cuyo objetivo sea el de reducir los riesgos para la salud humana, el medio ambiente, etc²⁴.

Es conocido que, desde la Constitución, los derechos fundamentales poseen una dimensión objetiva, aparte de su contenido subjetivo, o de derecho subjetivo que es característico de ellos. Dotar de contenido a los derechos fundamentales mediante la utilización de las técnicas que las determinaciones programáticas de la Constitución establecen es también tarea de legislador. En ese plano, puede compatibilizar el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la libertad investigadora

²³ M.J. MONTORO CHINER, «El Estado ambiental de Derecho». Bases constitucionales». *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI (Libro homenaje al Profesor R. Martín Mateo)*.

²⁴ F. OSSENBÜHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en: Christian STARCK (Hrsg), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd I, 1976, p. 458.

y a la libertad de ciencia, con los contenidos programáticos expresados en los principios rectores de la política social y económica que abogan por la participación, la promoción de la ciencia y de la investigación técnica en beneficio del interés general, el uso racional de los recursos naturales, las políticas de previsión y, en general, la utilización de procedimientos eficaces en protección de la salud y defensa de los consumidores y usuarios. La redacción del artículo 51 de la Constitución es suficientemente expresiva y resume, en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, algunos de los contenidos de los artículos 40, 43, 44, 45 y 49. A lo anterior hay que añadir que la dimensión objetiva de la protección de los derechos fundamentales no se limita a la función legislativa, sino que también la Administración ha de proceder por medios activos, preventivos o instrumentos de planificación al cumplimiento de los encargos constitucionales.

En otro orden de cosas, la doctrina de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales de todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad en favor de los derechos fundamentales abonaría la tesis de que los comités científicos superan las contradicciones que puedan existir respecto a la configuración normativa de algunos ámbitos de las actividades humanas. Si la decisión normativa a través de un juicio emitido por un consejo o comité científico resulta más efectiva, más racional, y mejor fundada, los poderes públicos pueden resultar obligados a incluir ese juicio en su decisión ya que el respeto a la libertad sería también más efectivo si se tiene en cuenta la opinión de quien puede distinguir entre el riesgo conocido, el riesgo probable, el riesgo permitido y el riesgo no permitido.

Los retos de la biotecnología, de la medicina y de la protección de la salud requieren un esfuerzo considerable de valoración que permita constantemente adaptar cambio y variedad; quien adopte las decisiones ha de saber que es imposible decidir sin recurrir a juicios de valor o valoraciones éticas. La decisión política, basada en un juicio de experiencia dictado por una comisión científica, puede efectuar la valoración y elección del supuesto de hecho, y de la consecuencia jurídica basada en conceptos más acertados o, al menos, tomar en consideración que la incertidumbre en la que navega resulta fundada y, por tanto, puede tener efectos en Derecho. Todo eso forma parte de la racionalidad y, en su conjunto, tiende a impedir juicios o decisiones fundadas en la arbitrariedad. La fuerza expansiva del artículo 9.3 de la Constitución adquiere en este argumento su plenitud. Un ejemplo paradigmático de lo anterior se encuentra en la protección de los datos, por ejemplo, médicos, o sobre la salud de una persona, frente al uso ilegítimo de su tratamiento mecanizado. La dimensión positiva que posee la vida privada y que supera o excede el ámbito propio del derecho a la intimidad reconocido

en el artículo 18.1 de la Constitución, ha de ser traducida en un control sobre los datos de las propias personas. Así, es necesario compatibilizar el desarrollo de los medios informáticos y, en general, la aplicación de la informática a los datos referidos a la vida humana y a su salud, contenidos en ficheros públicos o privados, con la llamada libertad informática que no es otra cosa que la posibilidad de controlar el uso de todos los datos contenidos en un programa informático. Pues bien, resulta difícil imaginar que sin el asesoramiento de consejos o comités especializados se pueda combinar la necesaria protección de los datos y el derecho a su conocimiento, con los avances tecnológicos en el campo de la informática. En este caso se ha elegido un ejemplo en el que la protección de datos no se reduce tan sólo a aquellos de naturaleza íntima de la persona, sino a cualesquiera otros cuyo conocimiento por terceros afecte al individuo en sus derechos, sean o no fundamentales.

Avanzando más, cabe también argumentar que los derechos fundamentales son incompatibles con aquellas normas que contengan reglas tales que los hagan impracticables o que vuelvan ineficaz la garantía que la Constitución les otorga; en ese sentido, la intervención de los comités científicos puede aportar un control de eficacia y practicabilidad en el contenido de regulación de los derechos fundamentales. Por muchas razones pero, en especial, por la anterior, la creación de comités ha de tener respaldo en una ley formal.

La inmediata relación entre principio de cautela y actividades con incidencia en el desarrollo sostenible, término más amplio que el de medio ambiente, llevaría a la conclusión de que la protección de la salud de las personas, la conservación y la mejora de la calidad del medio ambiente, son también compatibles con decisiones basadas en el juicio de comités científicos. Las razones se encuentran en el artículo 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo artículo 130 R), respecto del área del medio ambiente y las políticas de la comunidad; éstas han de tener en cuenta, en todo caso, los datos científicos y técnicos disponibles, las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción. Si a lo anterior se añade el contenido del artículo 152 (salud pública), el del artículo 153 (protección de los consumidores) y el hecho de que el actual artículo 6 del mencionado Tratado advierte de que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la comunidad (desarrollo tecnológico, fomento de la investigación, protección de la salud, protección de los consumidores, protección civil, etc.), se concluye fácilmente que los datos científicos y tecnológicos y la ponderación de las ventajas o peligros que puedan resultar de acciones u omisiones en las materias reseñadas, exige de ma-

nera ineludible la articulación de un proceso en el que intervengan expertos capaces de evaluar previamente y con posterioridad la adopción de las medidas.

También desde el plano de la elaboración de las normas, y desde la técnica legislativa, el artículo 88 de la Constitución, al exigir que los proyectos de ley sean aprobados en el Consejo de Ministros y remitidos al Congreso acompañados de una Exposición de motivos y de los precedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos, está aludiendo al principio de especialidad, al conocimiento y a la especialización, para que los parlamentarios, al debatir los proyectos, puedan conocer con exactitud las situaciones de hecho que han de transformar en reglas jurídicas de una manera consecuenta. También desde este punto de vista podría señalarse que la intervención previa de un comité científico aportaría mayor entendimiento de la cuestión que, al fin y al cabo, ha de redundar en el control de la arbitrariedad del legislador que ha dejado de ser soberano en lo jurídico y especialista en lo metajurídico.

3. LA CUALIDAD SUBJETIVA DEL LEGISLADOR. EL JUICIO DE CIENCIA EN LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS

La intervención de comités científicos que aportan su conocimiento especializado en la elaboración de las normas, entendiendo por éstas, en sentido amplio, tanto las leyes como los reglamentos, es decir, el juicio especializado en la creación del Derecho, aporta siempre una mejora objetiva de la calidad de la producción normativa. Pero se llega a ello a través de una modificación o de una transformación subjetiva de sus fuentes de producción. Si las normas pretenden conservar su naturaleza y su categoría rectora de conductas, han de adaptarse al estándar de vida y a las condiciones sociales, no sólo según el lenguaje y el significado de sus términos, sino también según el lenguaje producto de la ciencia, de la experiencia, de la tecnología, etc. Por esa vía, las reglas de experiencia y el juicio científico van sustituyendo buena parte del lenguaje jurídico tradicional de las normas; pero, en compensación, convierten sus reglas en más estables, perdurables y adaptadas a la realidad social y a su tiempo. Las reglas de la experiencia emanadas de comisiones científicas han sido las que han permitido distinguir –y éste es un ejemplo paradigmático– entre el ámbito de vigencia, y el objeto de regulación de dos normas diferentes, tal es el caso de la regla del día décimocuarto después de la fecundación humana: hasta el mencionado día decimocuarto es de aplicación la regulación de la Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1988); transcurrido éste, los supuestos recaen en la regulación de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones, o de sus células, tejidos u órganos.

Todavía está por comprobar que la intervención de órganos científicos, comités, etc., disminuya la capacidad de dirección y la capacidad soberana del poder legislativo. Cuando la propia Constitución efectúa llamadas a la participación de órganos sociales y de particulares en la producción normativa (en el caso del artículo 105 respecto de los reglamentos) está remitiéndose a un juicio de la colectividad que no es propiamente el de la representación política, que ya dispone de vías propias según los artículos 6 y 23 de la Constitución, sino que está haciendo intervenir al cuerpo social en el momento de elegir un contenido de regulación concreto. La intervención de la sociedad puede tener lugar a través de los derechos de participación reconocidos, o a través de recabar la opinión de comités científicos que, cuando están creados en virtud de una norma, ostentan el derecho y tienen el deber de intervenir en el proceso normativo. La opción de escuchar la opinión de comités científicos especializados, con independencia del procedimiento en el que se produzca la intervención, es elegida de manera libre y motivada por el poder legislativo, como una muestra de su capacidad de configuración. En tanto el poder legislativo haya decidido que otros cuerpos sociales intervengan en el proceso de creación del Derecho aportando su conocimiento científico y reglas de experiencia, no puede hablarse de pérdida de la cualidad subjetiva del legislador (o del autor de los reglamentos). La única reserva que puede efectuarse es la de que en tanto que los comités científicos aportan un juicio de opinión acerca de los valores en conflicto, emitido, por lo general, por la vía del consenso, cuando el juicio de opinión es referido a valores éticos o sociales, la opinión emitida no es fruto del juicio de la colectividad, sino fruto de la interpretación de un sentir de la colectividad, según un juicio de la colectividad expresado por expertos; de esa forma, la comisión científica tan sólo indirectamente acoge la voluntad o el sentir de la colectividad. En tanto en cuanto el creador del Derecho acoge como propio ese juicio indirecto, no completo, del sentir de la colectividad, cabría advertir una cierta debilitación del principio democrático; pero ello tan sólo cuando los comités enjuician valores, opiniones, o situaciones dependientes de principios éticos e incluso religiosos o morales²⁵. Y, aun así, esa imperfección o defecto anunciado podría ser corregido a través de una adecuada composición de los comités científicos. La conclusión a la que se llega respecto de la cualidad subjetiva del legislador y la incidencia de la posición de los comités científicos y de sus opiniones en

²⁵ M. KETTNER, «Discourse Ethics and Health care Ethics Committees,» en *Jahrbuch für Recht un Ethik*, vol. 4 (1996), Berlín, p. 249.

el proceso normativo resultaría ser la siguiente: el bien que pueden aportar introduciendo exactitud, certeza y racionalidad en el proceso es siempre mayor que las desventajas que en algún hipotético caso de su intervención podrían originarse (clientelismo, influencias de sectores económicos, etc.).

Para subrayar la conclusión anterior podría también hacerse referencia, en el ámbito de la Administración pública, al principio de objetividad que ha de regir su conducta, y en qué medida los órganos consultivos contribuyen a la observancia de la objetividad con su intervención en los procedimientos administrativos. Como es sabido, los órganos consultivos (Consejo de Estado y órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas) emiten un juicio fundado en Derecho respecto de las materias y procedimientos que se someten a su consideración. Cuando existe intervención de órganos consultivos en el procedimiento de creación del Derecho, la emisión de un juicio sobre legalidad u oportunidad de la futura norma se ha entendido como factor positivo de transparencia y de objetividad, manifestación del principio de reflexión y de la imparcialidad de la que se reviste quien permanece alejado del caso concreto. La aceptación o rechazo de las sugerencias y consideraciones formuladas (con la única excepción de los dictámenes preceptivos y vinculantes) no disminuye la capacidad creativa del órgano proponente, al menos no necesariamente, puesto que no afecta a la fuente de producción, ni entra por lo general en el contenido político en que el texto se inserta. De la composición y organización de los órganos consultivos y de su autoridad depende su credibilidad; el principio de mérito y capacidad aplicable a sus miembros, el sistema de elección no fundado en criterios ideológicos o políticos, es la garantía que el Derecho dispone para que sus juicios puedan ser admitidos por los órganos consultantes.

Salvadas las distancias, en el caso de los comités científicos, la composición, formación interdisciplinar y nombramiento de sus miembros es la garantía de la objetividad que revisten sus juicios cuando dictaminan en un caso concreto, aun cuando para ello deban buscar un consenso basado en el estado actual de la ciencia, de la tecnología, etc. En la medida en que el propio legislador haya admitido la coparticipación de los comités científicos en el proceso normativo a través de la redacción del anteproyecto o del sometimiento a su dictamen, ha establecido las reglas del juego que rigen su conducta y su posición respecto del dictamen de los expertos. Al igual que sucedería en el caso de los órganos consultivos, el Derecho preexistente ha establecido las reglas de aceptación o apartamiento motivado del criterio seguido por los órganos consultivos.

IV. AUTORIDAD DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS Y AUCTORITAS DE SUS MIEMBROS

La sociedad actual está empezando a confiar más en la autoridad de la experiencia del científico o del instruido que en la autoridad a quien, legítimamente, el Estado ha confiado la resolución de los conflictos. Quizá la razón sea más sociológica que de otra índole; lo cierto es que en ámbitos como la medicina, la biotecnología, el medio ambiente, etc., el ciudadano admite de mejor grado el juicio del experto que el del administrador; o el juicio del conciliador que el del juez. Posiblemente, el cansancio respecto del juego político y el comportamiento democrático haya tenido que ver en el debilitamiento de la confianza en los poderes públicos en sentido tradicional. Incluso a nivel internacional, los conflictos se ventilan de manera diferente a como años atrás se resolvían (la denominada causa Austria se resolvió con el informe de los tres expertos, aprobado en París el 8 de septiembre de 2000; un antiguo presidente de Finlandia, un catedrático de Derecho público director del Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho internacional, antiguo vicepresidente de la Comisión Europea de derechos humanos, y el presidente del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, antiguo Ministro de Asuntos Exteriores español y antiguo miembro de la Comisión Europea actuaron de expertos).

Consciente de que no es éste el lugar para analizar las causas de lo que se ha expuesto, y sabiendo que tampoco pueden generalizarse a todos los ámbitos y actividades humanas, lo cierto es que, al menos en la formación de la voluntad de los poderes públicos, a nivel de decisión normativa y a nivel de ejecución, intervienen expertos no siempre integrados en la jerarquía orgánica de que se trate, y su coparticipación tranquiliza a los particulares o a quienes van a verse afectados por ella. Desde otro punto de vista se comprueba que allí donde el sistema de derecho ha confiado a un grupo de expertos la decisión sobre cuestiones concretas (comités de ética, comités que intervienen en los programas de reproducción asistida) el grado de conflictividad es nulo o apenas existente. Esta situación puede también tener un doble origen: el celo y la diligencia con que los expertos, componiendo por lo general un grupo interdisciplinar, se comportan, o la convicción de los particulares de que la simbiosis órganos administrativos-comités de expertos aglutina un nivel de experiencia y de legitimación política difícil de superar²⁶.

²⁶ Precisamente porque se trata de un juicio contrastable, en términos de K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, 1990, p. 259. Ni perfecto ni absoluto. Se trata de apreciaciones heterónomas, según G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, p. 19.

1. LA COMPOSICIÓN DE LOS COMITÉS CIENTÍFICOS. UNA CUESTIÓN NO CONTROVERTIDA: SU CARÁCTER INTERDISCIPLINAR O MULTIDISCIPLINAR

La aparición de los comités científicos en los confines del Derecho, donde la resolución de los problemas jurídicos planteados necesita el apoyo de la ciencia y de la tecnología, demostró de una manera casi apriorística que el sustento que el Derecho necesitaba solamente podía prestarse si quienes asumían la función de concretar los supuestos de hecho, sus alteraciones, las derivaciones esperadas, las derivaciones inciertas, y las consecuencias finales, pertenecían a diversas áreas científicas, o incluso dentro de la misma, actuaban bajo líneas de investigación diversas que les permitían poseer una visión especializada de la cuestión junto con una perspectiva generalista de los hechos concretos y de sus consecuencias. Lo anterior, en el plano puramente científico y no referido a las consecuencias sobre los seres humanos y el medio. En las circunstancias relacionadas con hechos y efectos sobre los seres humanos, la naturaleza, los recursos de la naturaleza y, en especial, sobre las futuras generaciones, inmediatamente se entendió que en la composición de los comités científicos habrían de incluirse sociólogos, psicólogos, filósofos, entre otros y, por qué no, también un jurista²⁷.

La composición multidisciplinaria de los comités incide en la rigurosidad de sus informes de manera positiva; la diversidad interdisciplinaria de los miembros que componen los comités tiene, además, la ventaja de abrir nuevos caminos a la investigación; hace realidad el mandato de mérito y capacidad como criterios de selección que, salvadas las distan-

²⁷ La composición multidisciplinaria resulta habitual en los comités científicos constituidos en los últimos quince años. La Ley 15/1994, modificada por la 9/2003, que establecía el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, creaba la Comisión Nacional de Bioseguridad para informar preceptivamente las solicitudes de autorizaciones que correspondía otorgar a la Administración General del Estado; ha de estar compuesta por representantes de varios ministerios, así como por personas e instituciones expertas en las materias comprendidas en la Ley. La Ley 25/1990, que establecía el régimen del medicamento, creaba el Comité Ético de Investigación Clínica para informar previa y preceptivamente todos los ensayos clínicos; está compuesto por miembros que no pueden formar parte del grupo de los promotores de la investigación; su carácter es interdisciplinario y se integra por médicos, farmacéuticos de hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias, una al menos, jurista. El Comité Asesor de Ética en Investigación Científica y Tecnológica, constituido por la Fundación Española para la Ciencia de la Tecnología, posee una composición que incluye biólogos y microbiólogos, biólogos especialistas en biotecnología, médicos especialistas en aparato digestivo, físicos, meteorólogos, catedráticos de ciencias de materiales, de arquitectura de computadores, ingenieros industriales, catedráticos de Derecho penal y catedráticos de Filosofía del Derecho.

E. DEUTSCH, «Die Bildung von Ethikkommissionen nach § 40 AMG», *VersR* 1995, 121; E. DEUTSCH, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte recht*, (Berlin/Heidelberg/New York, 1997).

cias, aplicó ya el constituyente para seleccionar al personal de la Administración pública en el artículo 103.2; por otra parte, la composición interdisciplinar impide la rotundidad de algunos criterios que podrían resultar dominantes, aplicando mejor y mayor grado de ponderación. En un plano material, la evaluación o medición de los riesgos resulta siempre más perfilada si se emite bajo un juicio científico de diversas procedencias. El grado de aceptación por parte de los particulares resulta mayor por cuanto el informe o el dictamen suscrito ha de sustentarse científicamente y ser lo suficientemente sólido como para haber sido suscrito, consensuado dicen algunos, por una diversidad tan remarcable de científicos²⁸.

La multidisciplinariedad hace surgir otras líneas de reflexión: hasta qué punto y en qué forma pueden los poderes públicos separarse de la emisión de un juicio de expertos y, hasta qué punto podrá el juez sentirse vinculado, incapaz de revisar una decisión administrativa fundada en una opinión de un comité de expertos²⁹. Ello merece un estudio aparte. La primera de las cuestiones se resolverá atendiendo al carácter vinculante o no vinculante del informe: no es lo mismo ni puede dársele el mismo valor al dictamen de los expertos cuando deciden sobre la posibilidad de otorgar o denegar una autorización para ensayos clínicos o para comercializar productos transgénicos que una opinión vertida para aconsejar si es o no contraproducente distribuir determinados productos profilácticos en los Institutos a menores de dieciséis años.

La credibilidad del comité científico es la credibilidad de sus miembros. Por ello, la capacidad de incidir del informe emitido por un comité depende de la autoridad científica y personal de cada uno de ellos. La independencia, el alejamiento del punto de decisión o de la cuestión en conflicto, la imparcialidad mostrada ya en otras ocasiones, son elementos que inciden en la estructura del informe emitido y, por tanto, en su

²⁸ A estos efectos podríamos hablar del llamado fenómeno NIMBY, y de los conflictos sociales que se originan en torno a la instalación de las antenas de telefonía móvil; para unos son inocuas, pero pese a ello desearían que su instalación se alejase a una mayor distancia. El supuesto acontecido en España, concretamente en Valladolid, a propósito de las enfermedades surgidas en una escuela, sin explicación aparente, pero situadas próximas a ella ciertas antenas de telefonía móvil, han desbordado a la actividad de los poderes públicos, de los media, y, finalmente, se ha confiado a un comité de expertos la decisión acerca de la búsqueda de una relación de causa a efecto. No cabe duda de que una situación como la descrita, que en algunos momentos pudo parecer fruto de la indecisión administrativa, al menos en lo que se refiere al descubrimiento de las causas, lleva como consecuencia una pérdida de legitimidad democrática de los poderes públicos, que frente al conflicto social aparecen desplazados por el dictamen de los expertos.

²⁹ Se escribe que los comités científicos —especialmente los comités de ética o bioética— son un nuevo instituto del Derecho administrativo. K. SOBOTA, «Die Ethikkommission – Ein neues Institut des Verwaltungsrechts?» *AöR*, 121, 1996, p. 229. Por referencia a Alemania C.D. CLASSEN, *Ethikkommissionen zur Beurteilung von Versuchen am Menschen*, Neuer Rahmen, neue Rolle, *MedR* 1995, p. 148.

aceptación. Se tiende, por lo general, a seleccionar representantes del mundo científico, activos en el campo de la investigación, aunque también de la praxis profesional. Incluso cuando se trata de comités que han de asesorar a la Administración en actividades propias (autorizaciones) la composición trata de equilibrar los representantes internos de la Administración con los representantes externos del mundo de la ciencia. De no ser así, al comité científico le falta credibilidad. Ha de entenderse que a los representantes nombrados por la Administración puede faltarles la necesaria imparcialidad por excesivo conocimiento del tema o, simplemente, por encontrarse en una relación jerárquica, aun cuando su selección para ocupar el puesto concreto en la Administración haya sido realizada observando los principios de mérito y capacidad.

Desde otro punto de vista, también hay que entender que quien es nombrado miembro de un comité por su pericia y experiencia, poseía esa condición en el momento del nombramiento y no cabía excluir que, con anterioridad, hubiera podido intervenir asesorando en la misma materia, válido también por su experiencia, pero nombrado por quien hubiera podido resultar ser (por llamarlo de alguna forma) parte implicada o contraria en el asunto que ahora se dictamina. En tal caso, aunque ello no le excluya de pertenecer al comité, sí le excluiría de dictaminar en el caso concreto.

Cualquier evaluación técnica que los Comités científicos efectúen ha de respetar los principios de independencia y contradictoriedad. El conocimiento científico puede avalar una decisión, un asesoramiento en el caso concreto, pero nunca está exento de crítica y de un análisis de sus contenidos que permita al encargante (sea legislador, o sea Administración) separarse total o parcialmente de sus contenidos. No cabe olvidar que el experto va a mantenerse atento al principio de cautela, según el estado de la ciencia, y aconsejará siempre una actitud a seguir frente al riesgo potencial de un daño; en sentido propio, el experto valora la situación de hecho, emite una opinión, aporta diversas soluciones según el estado de la técnica y, en todo caso, quien haya encargado el asesoramiento decidirá, dentro de la racionalidad, la selección de las medidas. Por lo general, en supuestos de incertidumbre, el experto ha de dar respuesta también al estado de las controversias existentes, planteando las dudas razonables que pueden derivarse incluso de su dictamen³⁰.

³⁰ Por poner un ejemplo, la Ley 6/1993, 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, reguladora de los residuos; en diversos de sus artículos se contienen las medidas cautelares que pueden acordarse para hacer cesar actividades de producción o de gestión de residuos contrarias a las determinadas por la ley; las diversas remisiones de la norma al estado actual de la ciencia podrían dar lugar a la adopción de innumerables medidas que con carácter cautelar

Ha de hacerse notar, por último, que, como se ha avanzado ya, los contenidos de un dictamen procedente de una Comisión científica multidisciplinar son difícilmente ignorables y, en consecuencia, aún más difícilmente revisables por la jurisdicción contenciosa (en el caso de que amparasen actos administrativos). Pero las circunstancias que afectan a los miembros que lo han emitido son perfectamente revisables en vía jurisdiccional (falta de capacidad, de experiencia, parcialidad, falta de independencia, incluso déficit de procedimiento respecto a la presencia, notificación e información a los componentes, previa la emisión del dictamen). Difícilmente podrán dejar de aplicarse a las actuaciones de los comités las reglas sobre formación de la voluntad de órganos colegiados contenidas en la Ley 30/1992.

2. EL CONTENIDO DEL JUICIO CIENTÍFICO. SU ACEPTACIÓN. SU INCIDENCIA. VISADO DE CALIDAD O «LABEL» PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA

En la teoría general del Derecho confiar a un experto la toma de posición sobre una cuestión controvertida no debería tener mayores consecuencias que las que las leyes procesales atribuyen a los dictámenes periciales. Los expertos poseen una serie de conocimientos en razón de materias que los juristas no poseen en razón de su propia formación. Llevado lo anterior al lenguaje forense viene a significar que el juez puede basar su opinión y resolver conforme al dictamen de los expertos, pero el juez conforma su decisión de acuerdo con el principio de valoración subjetiva de las pruebas, de forma que, sintiéndose inclinado a acoger los términos del dictamen, no ha de sentirse vinculado en la determinación de los hechos y de las circunstancias que motivan el supuesto. Excluidos aquellos dictámenes inclinados a favorecer a una parte o a aquellos no dignos de credibilidad en los términos de los artículos 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, el artículo 348 de la citada norma determina que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Veamos en qué forma esa determinación puede ser trasladable a los emitidos por los comités científicos.

telar terminarían paralizando la actividad, en fase preliminar, antes de recaer la sanción correspondiente. Es evidente que un dictamen acerca de la naturaleza, extensión, y calidad de las medidas admite varias soluciones que han de ponderar el interés público para evitar el daño y el interés privado en no llevar la medida cautelar más allá de la sanción. Pero también es evidente que las medidas propuestas, en este caso concreto, podrían admitir una cierta contradictoriedad habida cuenta de las múltiples variables a tener en cuenta no sólo respecto al riesgo actual, sino a la contaminación gradual, a la dispersión hacia otros recursos de la naturaleza, etc.

Los informes que emiten los comités científicos, en tanto se encuentran fundados en el estado de la ciencia y de la técnica, contienen por lo general recomendaciones dirigidas a formar la opinión tanto del legislador como de los órganos administrativos que hayan de dictar la disposición de carácter general, emitir las autorizaciones, o adoptar los actos administrativos para la ejecución de las prácticas médicas, sanitarias, alimentarias, etc., donde podía encontrarse la laguna o el vacío normativo cuya interpretación motivaba la toma de posición del comité científico. A los efectos de valorar el grado de vinculación de los poderes públicos ante el resultado del informe de los comités científicos, ya se ha dicho que la vinculación ha de hacerse depender de lo que el Derecho positivo haya dispuesto; la vinculación total se encontrará en aquellos casos en que el dictamen del comité científico, además de preceptivo, resulte vinculante. Excepción hecha de lo anterior, la emisión del parecer científico cumple la misión de formar un estado de opinión a través de las recomendaciones que se contienen en los informes que pueden ser seguidas o ladeadas pero que, en todo caso, irán acompañadas de un halo de seguridad, de certeza, y de rigurosidad que difícilmente va a poder dejarlas en el olvido. El caso de los antibióticos como aditivos en la alimentación animal resulta paradigmático (Virginiamicina, STJCE 11 septiembre de 2002). Los órganos europeos recabaron el informe del SCAN (Scientific Committee for animal nutrition) y el del Comité permanente de nutrición animal. Pero es la «autoridad política competente quien debe determinar las medidas que procede adoptar, en general basándose en los dictámenes científicos, pero sin estar vinculados... por las conclusiones de dichos dictámenes» (199 y 288 marg.).

Para calibrar el impacto de los informes científicos en la sociedad actual hay que distinguir entre su *incidencia* y su *aceptación*. Una cosa es que los poderes públicos quieran seguir el dictado de los comités científicos y las recomendaciones de sus informes, y otra cosa es que el contenido de los informes cala en la sociedad formando un estado de opinión del que Derecho y Ciencia no pueden apartarse. Por esa razón, el contenido del juicio científico produce una pluralidad de efectos que irradian más allá del círculo o ámbito al que en principio habían de contraerse. Los informes de los comités científicos constituyen, además, una puesta al día de los conocimientos hasta ahora existentes sobre la cuestión; compendian y aglutinan los avances conocidos en un tema concreto; hacen avanzar la investigación, pues abren nuevas líneas de investigación que permiten proyectar el resultado de las recomendaciones hacia otros ámbitos; ilustran a los sectores de la sociedad con inquietudes de naturaleza científica cultural o de otro orden, ilustrando especialmente a los media; los particulares, especialmente aquellos que se sientan afectados o aquellos que se sientan atraídos por el resultado de las recomendaciones, contarán con un acopio de mayor información para

el caso de necesitar reorientar sus actividades o su vida en la dirección que las recomendaciones manifestaban. La incidencia del resultado de las recomendaciones en el cuerpo social es innegable; se propagan a través de todos los sistemas tecnológicos conocidos y, a partir de ahí, van a dejar un poso orientativo en cualquier toma de posición futura en la materia: para entenderlos o para rebatirlos. Lógicamente, la incidencia habrá de ser medida también en razón de la materia sobre la que las recomendaciones versan. No es lo mismo emitir un informe sobre la investigación con células troncales, sobre la elección del sexo de los hijos, o sobre la autorización posible de determinados productos modificados genéticamente, que emitir un informe acerca de la medición del riesgo volcánico en una zona concreta a los efectos de una adecuada programación de la protección civil; siendo este último muy importante a los efectos urbanísticos, de ordenación de territorio, de edificabilidad, etc., es evidente que la resonancia social no va a ser la misma.

La incidencia del resultado de las recomendaciones va a depender, también, como ya se ha dicho, de la autoridad y de la estatura científica de los consultados; de su objetividad e imparcialidad y de la composición multidisciplinar del comité. En general, el resultado de las recomendaciones penetrará de manera transversal en todos aquellos ámbitos conexos puesto que su cita será obligada en el mundo científico. Pues bien, la penetración del conocimiento científico que los informes proyectan y el sentido de sus recomendaciones va a significar, también, la creación de un estado de certeza, de seguridad y de permanencia (dentro de la fugacidad de lo «estable» del conocimiento actual). Esa certeza, junto con la permanencia de la puesta al día del conocimiento, tiene la consecuencia de *justificar la función prospectiva del resultado de las recomendaciones: hacia atrás ya no se atreve a ir nadie*. Por esa razón las recomendaciones contenidas en el informe y la estabilidad que puede darse a sus contenidos inyectan en el cuerpo social una dosis de previsibilidad y de predictibilidad hasta ahora ausentes de la regulación y de las normas, que regían su conducta. El ciudadano, a partir de ciertas recomendaciones de un comité científico, observa la proyección de su propia vida desde el prisma y bajo el color que a su vista abren los contenidos de las recomendaciones. Piénsese en el caso de una mujer joven que, padeciendo un proceso cancerígeno que ha de ser tratado con quimioterapia, puede decidir sobre la crioconservación de sus ovocitos para, una vez curada, años después, poder ser madre a través de reproducción asistida.

¿Sería tal vez atrevido aventurar que a través de la incidencia de las recomendaciones de un comité científico se crea una nueva forma de seguridad jurídica porque se dotan de contenido prospectivo cierto y estable a reglas o normas o leyes actuales que, pese a su texto, tal vez inadecuado en el tiempo y en la ciencia, *cuando sea modificado sólo va a poder ser modificado en un sentido?*

Habrá que preguntarse cuál es la causa de lo anterior desde el punto de vista estricto del Derecho, ya que sólo éste entra en el análisis que me propongo. Dejando aparte la posible desconfianza en lo político, en los políticos o el desencanto que a veces pueda producir la democracia denominada de los espectadores, es evidente que el cuerpo social está comprobando que sus poderes públicos buscan, en clave de ciencia, respuesta a la debilidad del conocimiento que poseen por falta de especialización, en algunos casos, y por la comprensible rapidez con la que avanzan los conocimientos en determinadas materias. Cuando, desde los poderes públicos se vuelve a la sociedad para recabar de ésta o de sus científicos una toma de posición sobre un tema o cuestión que preocupa (medio ambiente, medicina, biotecnología, antenas de telefonía móvil, contaminación marina por vertidos de hidrocarburos, etc.) el cuerpo social entiende que la opinión de los expertos cumple la función de una *etiqueta de calidad*, o *marca de calidad*, en suma, algo en lo que se puede confiar de manera notoria. Por esa razón, resulta conveniente dar a los informes la mayor publicidad posible, salvo en los casos en que por tratarse de patentes, etc., el ordenamiento lo impida.

Respecto del poder público, bien sea el legislador bien sea la Administración, tal vez fuere más apropiado hablar de aceptación que hablar de incidencia, ya que esta última se produce, por descontado, al igual que ocurre en el cuerpo social. En primer lugar, cuando se confía a un comité científico el análisis de un problema que ha de resolverse para dar respuesta a alguna laguna o vacío que desde tiempo atrás se deja sentir, puede entenderse que el poder público va a manifestarse receptivo con el resultado de las recomendaciones que se le formulen. Por lo tanto, puede hablarse ya de una predisposición a aceptar como válidos los contenidos del informe. Otra cosa es que se acepten plenamente las recomendaciones. El comité científico tiene la responsabilidad técnica del informe; pero el poder político tiene la responsabilidad de la dirección de las conductas sociales. En especial, el poder legislativo se encuentra en una posición muy singular respecto del contenido del dictamen. Si la comisión científica ha sido consultada a su instancia, es porque aquél entiende que ha de informarse y asesorarse ampliamente acerca de determinada materia o sector al que debe cubrir con una nueva o modificada regulación, y por la especialidad del tema ha de ejercitar su arbitrio legítimo en consonancia con el estado de la técnica y de la ciencia, porque sólo de esa forma puede dar una respuesta coherente a la sociedad. Partiendo de que la Constitución otorga al poder legislativo una amplia libertad de configuración normativa para tratar de traducir en reglas de Derecho las diversas opciones políticas que la sociedad ha expresado a través de un sistema de representación democrática, cuando el legislador analice las opciones de la norma habrá de tomar en consideración las recomendaciones de un comité científico al que previamente se ha dirigido. Tomar en consideración

no quiere decir seguir al pie de la letra su resultado; sin embargo, el legislador sabrá que tan sólo puede tomar en consideración otras opciones tan motivadas como las que ofrece el informe científico para apartarse de él. El legislador ha de buscar una explicación racional del contenido de la norma que promulgue para ejercitar su libertad de configuración normativa sin caer en la arbitrariedad; la posición del legislador resultaría vulnerable si otorgase más confianza y credibilidad a su sapiencia científica que a la que han demostrado tener los expertos que le aconsejaban en un tema concreto. Bien es cierto que frente a lo anteriormente dicho se puede oponer el argumento de que, en principio, para el legislador y para su libertad de configuración legal en una determinada materia o sector, son legítimas todas las opciones. Frente a ello puede contrargumentarse que tan sólo una explicación racional construida por el análisis exhaustivo de la propuesta de regulación que insiste en configurar, podría salvarle de incidir en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución. Sólo de esa forma mantendría el legislador su arbitrio legítimo, su consecuencia, su coherencia, etc. En esa tarea no tendría por qué pretender destruir la exactitud y la oportunidad de las recomendaciones que se le han formulado; pero habría de construir sus propias convicciones en elementos tan sólidos como aquellos que no acepta.

La posición razonable de un legislador coherente será la de ponderar las recomendaciones que se le formulan a sabiendas de que no todas ellas se traducirán en reglas jurídicas que compongan un texto completo. El legislador puede atenerse a las líneas motrices del informe de los expertos sin necesidad de traducir en reglas jurídicas cada una de sus aseveraciones. También puede convertir en reglas jurídicas alguna de sus afirmaciones o incluso buena parte de las recomendaciones, pero fijar un plazo de entrada en vigor no inmediato, con lo que la norma adquiriría eficacia retardada en el tiempo. Puede elegir entre la posibilidad de una aplicación generalizada de las recomendaciones o una aplicación particularizada a determinados casos, justificando y motivando de forma coherente y no caprichosa por qué no extiende a todos los casos previsibles el resultado de las recomendaciones. Puesto que la libertad de configuración del poder legislativo no tiene más límites que los que la Constitución impone, el abanico de posibilidades de que dispone para aceptar las recomendaciones de un comité científico son múltiples. Todas y cada una de las fórmulas que hemos propuesto suponen la ponderación del resultado de las recomendaciones, ya que no puede sostenerse la tesis de que el legislador solamente evita incidir en la arbitrariedad ateniéndose, en todo caso, al resultado de las recomendaciones; si bien ésta es una cuestión que habría de decidirse caso por caso, analizando siempre el grado de vinculación con los derechos fundamentales de la norma que se promulgue. El Tribunal Constitucional en su diálogo con el legislador revisará si los derechos fundamentales han sido constreñidos de manera

innecesaria o si la decisión adoptada apartándose de las recomendaciones es plausible.

No puede dudarse de que la norma configurada ateniéndose a criterios científicos emitidos por expertos mejorará la calidad del contenido de regulación, estableciendo de forma más exacta los supuestos de hecho y, en todo caso, realizando una valoración del riesgo más efectiva, a través de la ponderación de las medidas adecuadas, cumpliendo así con el principio de cautela y con el principio de seguridad jurídica.

Por último, y a propósito de la posición del poder legislativo respecto a los resultados y recomendaciones de los comités científicos, debe señalarse que los contenidos del informe o de las recomendaciones pueden ser utilizados como parámetro para el control de la inactividad del poder legislativo. Inactividad que puede consistir en la omisión de la regulación necesaria de un ámbito, sector o actividad, pero también puede consistir en el mantenimiento de una regulación incorrecta, defectuosa o mejorable. Como es sabido, el poder legislativo está obligado por la Constitución a la regulación de determinadas materias, en especial, aquéllas sobre las que existe un encargo o mandato al legislador, entre las que se cuentan las que tienen por objeto el desarrollo de los derechos fundamentales, el ejercicio de las libertades y la consecución efectiva de los principios rectores de la política social económica. La obligación del legislador de dictar normas, mejorar o corregir las existentes por contener prospectivas o previsiones defectuosas o por quedar desfasadas por circunstancias sobrevenidas, se manifiesta como una consecuencia jurídica de la protección efectiva de los derechos fundamentales. La actividad legislativa ha de manifestarse no sólo como creación jurídica programática, sino que debe exteriorizarse como potencia del Estado legislador, que sólo viene limitada por su conformidad con la Constitución. Del legislador se espera una actividad sin defectos, no sólo por el peso de su función, sino también por el contenido de la misma al que se llega a través del consenso político.

El deber de mejorar las normas viene a justificarse por el hecho de que la alteración de las circunstancias repercute en las prospectivas elaboradas por el legislativo. Pero se justifica por otros motivos. Si el legislador adoptó en el pasado decisiones cuyas causas son cuestionables en la actualidad, por haber sobrevenido nuevas circunstancias que no se dieron en el momento de dictar la ley, hay que preguntarse si la decisión adoptada, según la Constitución, se justifica en los momentos presentes y, en consecuencia, también según la Constitución el legislador debe, no simplemente puede, proceder a la modificación de la norma adaptándola a las circunstancias actuales. Esta obligación resulta indiscutible respecto de los derechos fundamentales y respecto de las materias que afecten derechos fundamentales; pero se extiende también a

otras, pues aunque la consecuencia sea distinta según la materia, el origen de la obligación continúa siendo el mismo³¹.

La emisión del parecer de unos expertos puede poner de relieve la existencia de una previsión defectuosa en una norma, reconocible *ex ante*, pero reconocida *a posteriori*. Las recomendaciones basadas en el juicio de la ciencia pueden poner de manifiesto la existencia de una regla susceptible de mejora; tarea que puede realizar el poder legislativo, según la reserva y jerarquía de fuentes, pero que podría ser desarrollada, tal vez, mediante reglamento. La consecuencia de la inactividad sería distinta; pero en el caso de que la norma pudiese afectar derechos fundamentales, incluso indirectamente, el poder legislativo obtendría la constatación de que sus dictados han quedado obsoletos y la norma merecería ser puesta al día.

A propósito de lo anterior, no hay que confundir normas con previsiones defectuosas reconocidas *a posteriori* con normas que han de ser interpretadas de manera dinámica y constante «según el estado de la ciencia o de la tecnología o del desarrollo científico»; estas últimas no son necesariamente defectuosas, pero exigen una tarea interpretativa y argumentativa que desborda la capacidad del jurista. El supuesto del artículo 11.2 de la Ley 35/1988, de Reproducción Asistida Humana, resultaba paradigmático. El precepto señalaba literalmente que «no se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación». Como es sabido, a través del Real Decreto 120/2003 se ha procedido a desarrollar el precepto. Con independencia de que, ciertamente, requisitos como la autorización de los centros, el seguro de responsabilidad civil, etc., habían de ser regulados pues no se derivaban directamente del artículo 11.2 de la Ley 35/1988, lo que el precepto contenía no era otra cosa que una remisión dinámica a un momento posterior, es decir, al momento en que

³¹ La obligación establecida por el Tribunal Constitucional Federal alemán de elaborar y mejorar las leyes constatando cuándo las previsiones pueden calificarse como ciertas, falsas, superadas o sustituibles por otras, la analicé pronto hará veinte años en mi trabajo sobre la Inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes, publicado en la *Revista de Administración Pública* número 110, p. 300. Cito allí, en la nota 115, cómo pueden agruparse, según STETTNER, las normas defectuosas y la obligación constitucional de su reelaboración; a) defectuosa determinación del supuesto de hecho; b) previsión defectuosa reconocible *ex ante*; c) previsiones defectuosas reconocidas *a posteriori*. La obligación de modificar las previsiones y los defectos legislativos detectados en las normas reside, respecto de los derechos fundamentales, o aquellos otros que afecten derechos fundamentales, en que tales normas componen y contienen los principios motrices de una Constitución y deben estar sometidos a las reglas de adecuación, necesidad, proporcionalidad, claridad y exigibilidad. En el momento en que la ley pierde su finalidad o la razón de regular la materia determinada porque los elementos básicos o las circunstancias de hecho han cambiado, deviene inapropiada. Respecto de las normas que no afectan a los derechos fundamentales la función estatal que se dirige a través del aparato legislativo y exterioriza una voluntad responsable en todas sus decisiones, no limita ésta tan sólo al ejercicio de los derechos fundamentales o a la regulación de su desarrollo. Desde la función ejecutiva no puede tolerarse que el legislador aplique una conducta intachable y se comporte de manera más responsable cuando regula derechos fundamentales que cuando regula cualquier otra materia.

el estado de la técnica y de la ciencia hicieran viables los óvulos después de su congelación y existiesen suficientes garantías; la crioconservación de óvulos habría de efectuarse con garantías, por lo tanto, no se autorizaría la técnica en tanto no existiesen garantías, pero se podría autorizar una vez existan éstas. La Ley 35/1988 ha sido modificada. A los artículos 4 y 11 se les da nueva redacción; la Ley 45/2003 corrige parcialmente los defectos apuntados, pues el Proyecto de Ley recogía, también parcialmente, las Recomendaciones del Comité Asesor de Ética en la investigación científica y tecnológica.

Un ejemplo como el expuesto y ampliamente comentado muestra que determinadas soluciones prospectivas de las normas, como era el caso del artículo 11.2 de la Ley 35/1988, comprometían derechos fundamentales, a la vida, a la libertad científica y a la investigación, a la libertad de empresa, a la igualdad, a la intimidad y, por supuesto, a la salud. El desarrollo del precepto por vía reglamentaria fue informado por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana; más tarde se ha hecho notoria la necesidad de proceder a una nueva regulación desarrolladora interpretando el precepto en el sentido expuesto aquí, por darse ya las garantías científicas de viabilidad de la descongelación de óvulos.

Otro caso sería el de la investigación con células madres embrionarias o células troncales cuya regulación se encontraba entre la Ley 35/1988, de Técnicas de reproducción asistida y la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999). Pues bien, tras el informe del Comité Asesor de Ética en la investigación científica y tecnológica constituido por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, podrá darse una nueva lectura al artículo 11.3 de la Ley 35/1988, que permitía la crioconservación de preembriones con fines reproductivos por un período máximo de cinco años (y posibilitaba que se originasen preembriones sobrantes que, transcurrido el plazo legal sin haberles dado un destino procreativo, hubieran podido ser descongelados, en consecuencia destruidos, si los progenitores renunciaban al proyecto procreativo, o habían fallecido)³². La modificación legislativa operada por la Ley

³² La regulación de la fecundación mediante óvulos crioconservados se promulgó tres meses después de que naciera en Barcelona una niña fruto de esta técnica. El nacimiento demostró que el proceso era viable, aunque el conocimiento de que podía ser viable ya se tenía años atrás. La investigación con células troncales obtenidas de preembriones congelados, sobrantes de los procesos de fecundación asistida, transcurridos cinco años desde su congelación, está siendo objeto de una rectificación legislativa, tras el informe del Comité Asesor de Ética en la investigación científica emitido en marzo de 2003.

Los supuestos referidos son especialmente controvertidos, ya que, como se comprueba, resultan afectados el derecho a la vida, la libertad científica y a la investigación, la protección de la libertad de empresa, el derecho a la igualdad, y el derecho a la intimidad. La referencia al derecho a la vida hay que interpretarla en su versión también de la integridad física. Partiendo del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el *nasciturus* no tiene derecho a la vida, ni es titular de derechos cívicos, al menos en la jurisprudencia del Tribunal

45/2003, de 21 de noviembre, altera el antiguo artículo 11, apartados 2 y 3 de la Ley 35/1988. Solamente podrá ser fecundados tres ovocitos, y

Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 212/1996 y en la sentencia 116/1999, con anterioridad ya, en la sentencia 53/1985, había decidido que el artículo 15 de la Constitución sólo protege a los nacidos. En los temas relacionados con cuestiones de embriones no está implicado el derecho a la vida. El que ha de nacer no tiene un derecho fundamental a la vida, pero la Constitución no lo olvida puesto que es un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución. No cabe invocar la garantía normativa que protege los derechos fundamentales respecto al contenido esencial del artículo 53.2 de la Constitución. En todo caso, hacia el que ha de nacer hay un deber de protección por parte del Estado legislador.

En los trasplantes de fetos humanos o preembriones no viables se da, además, el caso de que éstos ni tan siquiera son *nasciturus*. En el caso de las estructuras celulares, se trata de aclarar lo siguiente: no es *nasciturus* el preembrión no viable, y el preembrión viable puede serlo cuando se implanta, pero hasta entonces es una estructura celular, al que algunos civilistas llaman cosa. Pero lo que está claro es que no siendo un bien jurídicamente protegible hay que preguntarse si el embrión podría estar protegido bajo el concepto de la dignidad humana, o si podía estar protegido por la irradiación de la dignidad humana, en la antesala de la protección a la vida. Si se entiende que la dignidad humana es el fundamento de los derechos fundamentales, o si la dignidad humana significa la posibilidad de ser titular de derechos, como señalan algunos.

A este respecto, algunos señalan que el embrión goza de una posición constitucionalmente garantizada, que implicaría rechazo a la adopción por parte del Estado de cualquier medida destructiva o impeditiva de su crecimiento. Y que impide también la manipulación de las mentes de los progenitores hacia el embrión, o a su rechazo, con medidas indirectas. En este aspecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999 ha señalado que el Estado ha de abstenerse de obstaculizar el proceso natural de gestación y está obligado a proteger, efectivamente, la vida. Pero una cosa es el embrión en su proceso natural y otra cosa es la estructura celular en fase pre-embriónica. Desde el punto de vista de la colisión entre derechos fundamentales hay que analizar la tensión entre el derecho a la vida y la libertad investigadora. Los derechos fundamentales colisionan en ocasiones: así, el derecho de huelga con el derecho a la vida, pues el derecho a la vida tiene un contenido positivo que por su protección positiva impide considerarlo como derecho a la muerte (se trataba del caso de la alimentación a los presos en huelga de hambre. STC 61/1990).

Colisionan el derecho a la libertad ideológica y el régimen de visitas de padres de penados (STC 141/2000). También colisionan el artículo 17 de la Constitución, libertad con seguridad (STC 145/2001); o el artículo 20, libertad de expresión, con relación laboral (STC 197/1998).

Volviendo al uso de preembriones en la investigación, el derecho fundamental a la investigación no incluye el uso de preembriones porque aquél termina al entrar en contacto con la irradiación de la dignidad humana de la estructura celular del embrión. Por lo tanto, el derecho fundamental a la investigación no obliga al legislador a hacer claudicar al embrión en una hipotética ley con fines exclusivamente investigadores. Porque no puede el investigador disponer sobre otro hipotético sujeto de derecho; si bien se ha quedado en que el embrión todavía no es sujeto de Derecho. Por ello se trata de poner en beneficio de la investigación, objetos de derecho o cosas, masas o estructuras celulares, que darían un resultado distinto.

Pero un retraso en la regulación de la investigación con preembriones podría resultar contrario a la ciencia por parte del legislador, y coartar la libertad científica del investigador más allá de lo razonable en un derecho fundamental; la irradiación de los derechos fundamentales y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales vinculan al legislador para adoptar las medidas ciertas y necesarias en su beneficio. Por esa razón, la investigación con gametos no atenta al derecho a la vida, ni la investigación con células en fase pre-embriónica.

Respecto de los preembriones sobrantes de la reproducción asistida, tras un proceso de fecundación *in vitro*, y no trasplantados, hay que señalar lo siguiente: la mujer que los produce no los necesita, puesto que a ella no la llevarían a un embarazo. Si quisiera un próximo em-

sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada ciclo. En el supuesto de que se generen preembriones sobrantes serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con objeto de que puedan serle transferidos en intentos posteriores, o donados con su autorización o la de la pareja con fines reproductivos. Los preembriones crioconservados en el pasado (bajo la vigencia de la Ley 35/1988, que se cuentan por miles en España) pueden ser destinados y utilizados con fines de investigación, si previamente no han sido donados a otra pareja que los solicite con fines reproductivos. Es de destacar que en la modificación legislativa se utiliza ya el término preembriones. Pero la nueva Ley deja sin resolver la cuestión de los preembriones supernumerarios que se generen de acuerdo con sus determinaciones cuando los padres no puedan ser encontrados o han fallecido.

barazo lo diría por escrito y zanjaría la cuestión. La adopción de embriones no se plantea al carecer éstos de estatuto jurídico de persona, aunque sería posible si los que lo originaron hicieran manifestación expresa, ya que la protección a la vida no exige su conservación indeterminada. En principio, parece que puedan dejarse a su destino. Pero dejarlos a su destino podría parecer también contrario a la dignidad humana. Antes de dejarlos a su destino, podrían destinarse a la investigación para diagnosis terapéutica de enfermedades si no hay forma de conseguir los mismos resultados de otra manera, y siempre bajo un control estatal en sentido de público. Así, la protección a la vida se pondera con la libertad de investigación y con el derecho a la salud de otros, y con el principio rector reconocido en el artículo 44 de la Constitución, respecto de la promoción de la investigación para el interés general. Llevado todo ello a propósito del artículo 9.3 de la Constitución, la regulación actual parece ser contraria al principio de seguridad jurídica. Si bien es verdad que el Tribunal Constitucional ha señalado que sólo si las omisiones o confusiones que la Ley genera originasen en sus destinatarios una incertidumbre radicalmente insuperable acerca de la previsibilidad de sus efectos, existiría, en este caso, la inseguridad jurídica. Ese parecía ser el caso hasta ahora, por la regulación o por la no regulación de la investigación con las células madre, transcurridos cinco años tras el depósito en un centro.

Un estudio sobre los derechos fundamentales ante la resolución biotecnológica puede verse en J. ISENSEE, «Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution. Verfassungsperspektiven nach der Entschlüsselung des Humangenoms». p. 243. *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*.

Del resultado del informe del Comité Asesor de Ética en la investigación científica de marzo 2003 se concluye que los miles de preembriones humanos sobrantes de procesos de fecundación *in vitro*, ante la alternativa de la destrucción, por haber superado el plazo establecido en la Ley, pueden ser empleados para obtener células troncales embrionarias ya que las investigaciones con estas células pueden obtener resultados aplicables al tratamiento y la prevención de enfermedades graves. En la recomendación octava recomienda el Comité Asesor «la legislación vigente deberá ser modificada a fin de establecer un marco jurídico adecuado en lo referente a la investigación con células troncales procedentes de embriones humanos sobrantes». En la recomendación novena se manifiesta el Comité advirtiendo «no se recomienda la creación específica de embriones humanos con el fin directo de generar células troncales para la investigación». La décima establece «la experimentación de cualquier tipo de células troncales sobre seres humanos debe venir precedida de estudios exhaustivos en modelos animales y llevarse a cabo de acuerdo con la normativa vigente sobre ensayos clínicos y, en general, sobre investigación clínica. Esta normativa deberá ser revisada al efecto de contener disposiciones específicas sobre estas técnicas».

V. LA REVISIÓN DEL JUICIO TÉCNICO O DE EXPERIENCIA POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. ¿UN SUPUESTO MÁS DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA?

En los ámbitos en los que está legalmente prevista la intervención de comisiones de expertos para la explicación y valoración de cuestiones científicas los órganos administrativos decisorios poseen, pese a ello, un cierto ámbito de apreciación. Tomemos como ejemplo las decisiones de los Tribunales de concursos y oposiciones, sobre cuyas actuaciones y juicio de decisión fue construida la llamada discrecionalidad técnica y tenían por misión proponer el nombramiento de los candidatos. El órgano administrativo que había de realizar el nombramiento podía entrar en la revisión de los elementos procedimentales, la atención a las bases de la convocatoria y la capacidad y circunstancias personales de los propuestos. Cabría analizar si, tras el juicio de experiencia de los comités científicos, la Administración pública que preceptivamente ha de oír su parecer (incluso un parecer vinculante) dispone de un ámbito de apreciación para poder enjuiciar si la composición del comité científico fue la correcta en el momento de emitir el juicio, si se cumplieron los elementos procedimentales necesarios para garantizar la presencia y la emisión del juicio de todos sus componentes, la concurrencia de causas de abstención o recusación, etc. Posiblemente llegaríamos a la conclusión de que el juicio formulado por los comités científicos no sería revisable en cuanto al fondo, pero la Administración podría verificar los elementos tendentes a la construcción de un acto administrativo basado en el juicio científico formulado por un comité (los sujetos, su capacidad, su relación con la causa, su posición y circunstancias respecto del hecho que se enjuicia, etc.).³³ Buena parte de las normas de creación y funcionamiento de los comités científicos someten su actuación a lo dispuesto en la Ley 30/1992, respecto de lo no regulado por ellas (RD 2617/2002, RD 173/2001 y, especialmente, el RD 951/1997, sobre el funcionamiento de la Comisión Nacional de Bioseguridad).

³³ La llamada discrecionalidad técnica aplicable a las decisiones de Tribunales y Comisiones encargadas de juzgar oposiciones y concursos para la función pública ha sido analizada por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 35/1995, 6 de febrero; el concepto ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en los pronunciamientos, como se ha dicho, sobre decisiones de tribunales de concursos. Caracteriza la llamada discrecionalidad técnica «una presunción de razonabilidad o certeza que supone determinadas modulaciones en el control judicial de la actuación administrativa, derivados del reconocimiento a la Administración de un margen de discrecionalidad». Dando por supuesto que a la Administración se le atribuye la consecución de los intereses generales en el artículo 103.1 de la Constitución, aunque ya no tal vez en régimen de monopolio, cuando su juicio ha de estar sometido al juicio de experiencia, de ciencia, etc., de un comité científico su margen de discrecionalidad se reduce respecto al contenido del dictamen, trayendo como consecuencia que la posición revisora del juez administrativo se modula igualmente forzada por la llamada presunción de racionalidad o certeza del juicio técnico.

Cuando la Administración se ve compelida a aplicar criterios determinados por expertos según conocimientos especializados, la presunción de certeza del juicio técnico, la composición del comité científico y la autoridad de sus miembros matiza la completa revisión judicial de los actos de la Administración fundados en el juicio técnico especializados. El juez ha de proveer a un enjuiciamiento de los actos de la Administración en términos jurídicos pero no puede entrar en la naturaleza científica técnica, etc., es decir, en lo no jurídico del acto de la Administración³⁴.

Todos entendemos que, hoy en día, la decisión más adecuada es aquella que se adopta tras la valoración, la comprobación y la ponderación de los elementos de hecho; pues bien, en aquellas decisiones administrativas donde se barajan elementos de riesgo que hay que evaluar y ponderar, las posibilidades de acierto son mayores si se recurre al juicio de órganos especializados, de comités científicos, o de consejos que tienen la misión de asesorar a las autoridades administrativas encargadas de autorizar determinados procesos (ensayos clínicos, investigaciones clínicas, autorización de centros de comercialización de productos modificados genéticamente, etc.). La toma de posición de estos comités fundada en la ciencia se transforma en vinculante respecto de los elementos de hecho, pues separarse de ese juicio supondría para la Administración el despliegue de un arsenal de motivaciones contrarias para las que tal vez no esté facultada por falta de conocimientos. Eso no quita que la responsabilidad por la decisión administrativa continúa recayendo en la Administración, no en los comités que le han asesorado; al menos, con carácter general. Por esa razón hay que preguntarse si en las decisiones sobre el riesgo posee la Administración una prerrogativa de valoración y de ponderación inmune al control judicial³⁵.

³⁴ En la Sentencia constitucional 353/1993, el Tribunal Constitucional parte de la naturaleza de la discrecionalidad técnica inmune al control judicial básico de la actuación administrativa. Esta posición ya venía matizada por la Sentencia 39/1983 en la que el Tribunal Constitucional aclaraba que... «ni el artículo 24.1, ni el 103.2 ni el 106.1 de la Constitución se aplican a cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico».

³⁵ Volvemos con ello a la posición del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 353/1993 en la que advierte de que los Tribunales están limitados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos, correspondiendo a los órganos administrativos realizar otras valoraciones. Así se ha manifestado también el Tribunal Constitucional federal alemán, BVerfGE61,115, al advertir de que el control judicial ha de producirse en los términos del Derecho. O lo que es mejor y más ilustrativo: la Constitución garantiza una tutela judicial completa, nuestro equivalente a la tutela judicial efectiva, pero no garantiza un control completo de la Administración *-lückenlose-* BVerfGE72,300.

El poder ejecutivo tiene mejores posibilidades de actuación que otros poderes; allí donde tiene atribuidas competencias para actuar apoyado en el asesoramiento, en el dictamen o en el juicio de comités científicos, el control judicial no debería poner en juicio precisamente la mayor certeza y seguridad de sus decisiones adoptadas con fundamentos científicos³⁶. Pero, por otra parte, la disminución de la intensidad del control judicial no significa tampoco desvinculación de la Administración de la ley y del Derecho³⁷. Los Tribunales se limitan al control jurídico en el sentido de si el ámbito de discrecionalidad del ejecutivo ha sido ejercitado en razón de la materia. Por eso, el marco de actuación de la decisión prospectiva de la Administración está sometido al control de los Tribunales (si se han reunido los materiales necesarios para la valoración y ponderación de las decisiones; si se han aplicado los métodos adecuados para determinar el supuesto de hecho; si ha habido una valoración y justificación motivada de los resultados en términos practicables, si bien en esto último la revisión ha de limitarse a un cierto control de plausibilidad)³⁸. Podría advertirse que la limitación que se acaba de formular al control judicial de los actos de la Administración (que no disminuye la tutela judicial efectiva) se extiende tan sólo a aquellos conceptos jurídicos indeterminados para cuya concreción se precisa de un conocimiento científico específico y, por lo general, se relacionan con las actuaciones que implican un riesgo cierto o un riesgo probable³⁹. Los comités científicos, al explicar sus reglas de experiencia haciendo uso de su capacidad científica a la vez que de su independencia, aportan a la Administración la presunción de certeza que, en buena técnica, ningún otro poder del Estado podría destruir; eso explica que puede llegar a entenderse que el poder de la ciencia manifestado por expertos independientes garantiza el acierto de la decisión administrativa al aportar a su actuación prácticamente la misma independencia y objetividad que el Estado de Derecho ha concedido a los jueces y a los Tribunales. Pero, por esa misma razón, la Administración tiene la carga de observar rígidamente el procedimiento, y motivar cuándo ejercita de esa forma el ámbito de apreciación que la ley le concede. Por otra parte, nunca puede

³⁶ E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum – Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Versuch einer Modernisierung*. Tübingen 2001, XIV.

³⁷ BVerfGE62,330.

³⁸ KUNERT, «Normkonkretisierung im Umweltrecht», *NVwZ* 1989, p. 1018. OSSEN-BÜHL: «Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen in der Verwaltung», en: FS MENGER, pp. 731-744, 1985.

³⁹ Se ha advertido que el control judicial debe extenderse hasta donde el Estado de Derecho ha atribuido a los jueces la independencia y la objetividad que, en este caso, ya viene garantizada por una actuación de la Administración basada en las Comisiones Científicas independientes. OSSEN-BÜHL, op. cit., p. 759.

llegar a excluirse que los Tribunales entren en las rectificaciones que consideren necesarias, si el conocimiento o las investigaciones llegan a demostrar la inexactitud de las decisiones administrativas⁴⁰.

Si nos ceñimos estrictamente a la teoría de la distribución de poderes en el Estado de Derecho, la emisión del juicio científico podría causar el efecto de limitación o, mejor dicho, de autolimitación de las facultades de control judicial; puesto que se trata de un juicio técnico, el juez o Tribunal reduce su revisión al ámbito de lo jurídico, de manera que no sustituye el parecer de la Administración basado en el juicio técnico, ni entra a destruir, por sí mismo, la presunción de certeza que podría ser atribuida al dictamen del comité⁴¹. Como ya señalé en otra ocasión, con el término reserva de Administración puede, también, describirse una espacio reservado a un ámbito propio de cumplimiento de tareas con medios propios, oponible frente a quien accionase o decidiese el contenido de esa reserva. La reserva de Administración no es un concepto comparable con la total actividad administrativa ni con las funciones administrativas decisorias, sino descriptivo de una función de concreción producto de la organización estatal; su contenido no es otro que un núcleo de competencias que representa la garantía de una determinada posición en el reparto de funciones de la organización estatal que puede influir en el resultado de sus decisiones⁴².

Existen numerosos elementos que el Tribunal no podrá revisar porque carece de medios para llegar a concluir una prueba completa de los motivos, hechos y fines que la Administración valoró para adoptar la decisión propia, ya que hay zonas y aspectos a los que el Tribunal no tiene acceso, pues éstos han estado únicamente en manos del ejecutivo (actos materiales, de inspección, decisiones de previsión y prospectivas que afecten a planes, y aquéllos que proceden de comisiones especializadas). Ante tales actos, el Tribunal que por su propia situación no queda próximo al supuesto de hecho, sólo puede plantearse que el hecho realmente se haya producido y justificado por la norma, pero no entrar en la decisión administrativa tal y como se produjo, que sólo podría ser adoptada por la Administración por su cercanía y proximidad con los hechos. Por lo que respecta a las decisiones que implican previ-

⁴⁰ KLOEPFER, *Umweltrecht*, 2, Capt. 8, RN42.

⁴¹ En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha advertido de que si las estimaciones técnicas de un Tribunal calificador pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios periciales corresponde a la parte recurrente aportar las que estima en su beneficio... *sin posibilidad de confundir, por tanto, valoración de conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala a juicios técnicos*. (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985).

⁴² María Jesús MONTORO CHINER, «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control judicial versus fracaso legislativo». *Revista de Administración Pública* 110, p. 285.

Contrariamente se manifiesta, respecto a la atribución exclusiva a la Administración de la apreciación técnica, E. DESDENTADO, en *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Pamplona, 1997, p. 139.

siones de futuro, podría hablarse de un amplio ámbito de apreciación en el que la figura del concepto jurídico indeterminado ha de ser completada frente al riesgo futuro de una decisión. El Tribunal contencioso controla la situación de hecho actual y el ajuste de la decisión a los fines de la norma pero no puede entrar en el ámbito de la responsabilidad administrativa que representa la decisión de futuro; máxime cuando ésta se ha adoptado sobre la base del dictamen de un comité científico; ni podría lanzar, tampoco, un juicio retrospectivo sobre los fundamentos técnicos de un acto basado en el estado de la ciencia anterior.

VI. ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS, JUICIO DE EXPERTOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Lo anteriormente dicho ha de matizarse en los supuestos en que la decisión administrativa fundada en el resultado de las apreciaciones de un comité científico origina un resultado dañoso, calificable como lesión antijurídica, en los términos del artículo 106.2 de la Constitución. La responsabilidad de la decisión administrativa habrá de ser resuelta por las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de los actos de la Administración. El perjudicado por la decisión, o por las aplicaciones de la decisión, habrá de seguir el procedimiento establecido para llegar a demostrar la relación de causa a efecto e imputar el daño antijurídico a la conducta administrativa. Y ahí comienzan los problemas: el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que no serán indemnizables *los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos, de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales y económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*; según la Exposición de motivos de la Ley 4/1999, modificativa de la Ley 30/1992, a la que se debe la redacción del texto actual del artículo 141, la regulación introducida intentaba definir la fuerza mayor a los efectos de dar una explicación al Texto constitucional, cuyo artículo 106.2 excluye la responsabilidad mediante la expresión *salvo en los casos de fuerza mayor*. Es forzoso detenerse en esta expresión aunque no voy a exponer aquí lo que ya traté con más amplitud en otra ocasión⁴³.

⁴³ María Jesús MONTORO CHINER y María Concepción HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona 2002, p. 23.

Por referencia a los comités científicos y por la incidencia que su juicio pueda tener en la decisión administrativa hipotéticamente causante de una lesión antijurídica a particulares determinados, conviene señalar que la dicción del precepto expresado contiene una cláusula de exclusión de la responsabilidad que puede resultar incompatible con el artículo 106.2 del Texto fundamental. El artículo 141.1 de la Ley procedimental ha intentado definir la fuerza mayor como en su momento el legislador ordinario intentó definir el concepto de «flagrante delito» contenido en el artículo 18.2 de la Constitución, según la expresión dada por el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, cuyo inciso fue declarado inconstitucional en la Sentencia 341/1993. El Tribunal Constitucional señaló que en el texto constitucional se han incorporado conceptos que pueden tener un arraigo en la cultura jurídica «en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por lo tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho» (STC 11/1981). Uno de esos conceptos puede ser la flagrancia, y otro puede ser la fuerza mayor. El problema de la redefinición de la fuerza mayor radica en que es utilizada por el legislador para excluir la responsabilidad; la fuerza mayor ha sido definida «como el suceso que está fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, pero no aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos». (Definición dada por la antigua Sala cuarta del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988). Cabría preguntarse si el legislador, en su intento de definir la fuerza mayor utilizando conceptos en extremo ajenos a los que la doctrina civil y administrativa y la jurisprudencia nos tenían acostumbrados (incluyendo los dictámenes del Consejo de Estado), ha introducido una cláusula de exclusión de la responsabilidad no concordante con el arraigo y la imagen que de la fuerza mayor existía en nuestro Derecho; se ha exceptuado y excluido la responsabilidad y su indemnización por los daños que se deriven de los hechos y circunstancias que caracterizan a la sociedad de la tecnología, la sociedad del riesgo, los riesgos de la investigación, etc. Siendo consciente de que por objetiva que pueda entenderse la responsabilidad de la Administración (también he manifestado mis dudas sobre ello en otro momento)⁴⁴, nadie puede responder por aquellas acciones u omisiones que no le sean imputables; y en este caso se encontraría también la Administración que, según el estado de la ciencia, no ha podido ir más allá en sus previsiones. Entiendo que el artículo 141.1 de la Ley

⁴⁴ MONTORO – HILL, *op. cit.*, p. 24.

30/1992 salva su constitucionalidad por su último inciso «todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales y económicas que las leyes puedan establecer para estos casos», que, en el fondo, no es más que otra forma de matizar la imputación y reconocer la propia responsabilidad mediante leyes *ad hoc* que reparen las cisuras que en el Estado de Derecho pudieran producirse, a través de la indemnización adecuada.

Con independencia de las consecuencias de un precepto que pone en cuestión y niega el principio de cautela, tal hace el inciso del artículo 141.1 al referirse a que «no serán indemnizables los daños que se deriven de circunstancias que no se hubiesen podido prever según el estado del conocimiento o de la ciencia...» hay que añadir otras cuando tales circunstancias han sido evaluadas por un comité científico. Así, en el momento en que un comité científico evalúe los supuestos de hecho, enumere las hipotéticas consecuencias y, advierta a la Administración del riesgo de las medidas a adoptar, está cumpliéndose con el principio de cautela; pero, en la medida en que no se han podido, por el momento, prever las consecuencias finales, se está anticipando la exclusión de la responsabilidad en el caso de que alguna de las medidas propuestas y aceptadas por la Administración originase a un particular o a un colectivo lesiones antijurídicas. La justificación de lo anterior no merece mucha argumentación: si se mantiene que la posición del comité científico es la presunción de certeza respecto del estado de la ciencia y de las consecuencias previsibles de ese estado proyectadas hacia el futuro, se está reconociendo que no han podido tenerse en cuenta todas las variables de las consecuencias de las recomendaciones formuladas. Claro está que esta afirmación ha de matizarse dependiendo de cómo el comité elaboró sus conclusiones (fundadas para cubrir cualquier responsabilidad o, en especial, la suya propia, etc.).

Conforme al principio de eficiencia en la actuación administrativa, rector de sus actuaciones económicas, obligado es decir que difícilmente podrá eludir prestaciones indemnizatorias de las denominadas *ad hoc* la Administración pública que haya confiado su decisión al juicio de expertos que, analizando el estado de la ciencia no han podido impedir la producción del daño, aunque hayan cumplido con el principio de cautela y la Administración haya adoptado las medidas propuestas, pese a existir riesgos graves para la luz salud humana o el medio ambiente; lo anterior vale en el caso de no haber podido justificar claramente el nexo causal sobre la base de las pruebas científicas disponibles. O la Administración que ha actuado en ausencia de certidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y tecnológicos del momento, sin retardar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir un riesgo de daño grave o irreversible al desarrollo, a un coste económicamente aceptable (la exigencia de certe-

za absoluta paralizaría la invención humana). En resumen, aun con consecuencias económicas posteriores, la Administración habrá ofrecido a los particulares su decisión en ámbitos de incertidumbre, pero apoyada por la certeza científica existente en el momento. *Así se origina la única seguridad jurídica que podía ofrecer: valoración de las circunstancias, ponderación de las medidas, confianza en la ciencia y en los expertos, y adopción de las medidas inmediatas necesarias que la sociedad exige*⁴⁵.

VII. REFLEXIONES FINALES

Es difícil hablar de seguridad jurídica como seguridad del Derecho cuando se parte de la incertidumbre en el Derecho. La seguridad jurídica no puede postularse respecto de los resultados que el Derecho ofrece; pero puede exigirse de la certeza relativa en que se apoya el Derecho o, mejor dicho, en la que se apoyan las normas y sus reglas. En su propio sentido se trata de la eficiencia del Derecho: obtener protección a cambio de precaución. Ni la seguridad jurídica es un valor absoluto ni existe el llamado riesgo cero. En la sociedad del riesgo la gestión de la inseguridad puede manejarse a través del principio de cautela. Lo mismo equivale decir que en la sociedad del riesgo la seguridad jurídica puede mejorarse a través del principio de cautela.

En ausencia de una definición satisfactoria del principio de cautela, y ante la imposibilidad de dar una definición de tal principio aplicable a cualquier riesgo, sector, medida y bien jurídico protegible, el legislador habría de concretar su aplicación, los supuestos, los límites, la extensión de las medidas y el período de su revisión, en cada uno de los sectores que regule, allí donde fuere aplicable el principio de cautela. Pero no basta con apelar al principio de cautela para cumplir con la tarea de configuración legislativa adecuada a los tiempos del riesgo; es necesario que el legislador concrete con criterios de plausibilidad en qué se traduce el principio de cautela.

La intervención de los comités científicos aportando su juicio técnico para evaluar las medidas a adoptar, a partir del conocimiento disponible, proyectando el riesgo de las mismas hacia el futuro, aumenta la certeza en el Derecho porque mejora la certeza científica sobre la que aquél configura sus reglas. Aportar certeza científica en los ámbitos de decisión donde reina todavía la incertidumbre significa beneficiar a los particulares pues, a partir de la decisión basada en el estado de la ciencia, obtienen un nivel mayor de previsibilidad y confianza, pudiendo ajustar su conducta, al menos durante un tiempo determinado, según

⁴⁵ B. MUNAGORRI, «Expertise scientifique et décision de précaution». *RJ de l'E. N.*, especial 2000.

requieren las normas, y sabiendo que el Estado no puede exigir de ellos más de lo que exige y consta en las normas porque su mismo creador no pudo ir más allá en sus decisiones de prospectiva; pero aquellas decisiones de prospectiva que adoptó son las mejor fundadas, las más idóneas, y las más proporcionales, al menos, según el estado de la ciencia en el momento de acordarlas.

La decisión administrativa fundada en el dictamen de un comité científico multidisciplinar aumenta la credibilidad y la calidad de la decisión; la construcción del supuesto de hecho y de sus consecuencias mejoran considerablemente; se consigue la imbricación entre el ejecutivo y la sociedad, y entre el ejecutivo y la investigación. El refuerzo de la decisión administrativa basada en el informe de un comité científico aumenta la confianza de los particulares en la decisión administrativa. Pero ha de recurrirse al juicio de los comités científicos cuando sea estrictamente necesario, en especial, cuando las decisiones afecten derechos fundamentales. El legislador sabrá disponer cuándo resulta apropiada su creación. En lo concerniente a la creación y composición de los comités científicos tan mala es su atrofia como su hipertrofia.

Tendrán credibilidad en tanto se limiten a aspectos críticos necesarios en la sociedad del riesgo; se volverían inoperantes si proliferan en exceso. Conviene siempre recordar que su autoridad depende de la estatura científica y de la competencia de sus miembros.