

Decidir en la incertidumbre científica: un reto formidable para un nuevo derecho



El derecho de la cultura occidental en el que todavía estamos instalados se levanta sobre el principio de seguridad jurídica que presupone la existencia de certezas incuestionables y generalizadas. Este orden comienza a construirse en la Europa moderna por filósofos y juristas fascinados por los descubrimientos de la ciencia que desvelaba la existencia de leyes inexorables, universales. Me llamó mucho la atención la visita de Thomas Hobbes a Galileo^[1]. Aunque no sabemos de qué hablaron, sí que sabemos que no fue una visita de cortesía, sino varios días de animadas conversaciones y fácilmente se intuye el interés que animaba a Hobbes, empeñado como estaba entonces en construir una teoría del Estado moderno, su poderoso Leviatán, que no se apoyase en la tradición o en conceptos metafísicos, sino en bases científicas, objetivas. Y nadie mejor para orientarle en ello que Galileo, el científico que estaba descubriendo las leyes físicas que regían las relaciones entre los astros y entre los cuerpos. Un siglo más tarde Isaac Newton será capaz de poner esas leyes por escrito, de enunciarlas en el lenguaje universal de la ciencia, el lenguaje matemático. Newton ejercerá una influencia decisiva en Immanuel Kant y en todo el pensamiento de la Ilustración que, mirándose en el espejo de la ciencia, ha venido propugnando una concepción universalista de las leyes, de los derechos, de los principios que rigen y limitan el ejercicio del poder público. Todo un sistema jurídico se levantó sobre las ideas de seguridad y certeza que la ciencia moderna mostraba de manera deslumbrante.

Pero aunque todavía seguimos adscritos al sistema jurídico de la seguridad y la certidumbre, la ciencia ha variado por completo su posición desde mediados del siglo XX. Primero, porque su proyecto de certeza generalizada se ha desvanecido. La extendida convicción en el siglo XIX de que se sabría todo sobre todo, se ha visto, como tantas profecías del progreso, clamorosamente incumplida. Hoy la ciencia reconoce sin rebozo

cómo sus propios y muy valiosos conocimientos muestran la existencia de amplísimos espacios de ignorancia e incertidumbre. Por eso su lenguaje, como pudo constatar Karl Popper, ya no es el de las certezas, sino el de las meras probabilidades. Pero hay una segunda transformación, una inversión total, en la secuencia entre conocimiento científico y aplicación tecnológica. Ni Galileo, ni Newton pudieron aprovechar, rentabilizar, con aplicaciones técnicas sus avances en el conocimiento científico. Esos dos momentos, el del conocimiento científico y el de su aplicación técnica, se han ido aproximando hasta invertirse en la actualidad esa secuencia: se estudia y programa primero, sobre todo en términos de rentabilidad, la aplicación técnica y, si hay buenas expectativas, se investiga entonces para adquirir el conocimiento científico.

Así es como la ciencia, antes tan segura, se ha instalado en la probabilidad y la incertidumbre, al tiempo que se ponen a nuestra disposición artefactos y productos técnicos sobre los que no se ha alcanzado un conocimiento científico completo, o mínimamente cierto. Esta tecnociencia hoy dominante bombea continuamente nuevas tecnologías, con amplios márgenes de riesgo y desconocimiento, sobre las cuales ella se abstiene de decidir. Esa responsabilidad decisora y reguladora se atribuye al sistema jurídico y a los órganos constitucional y legalmente legitimados para adoptar las decisiones o establecer las necesarias regulaciones.

El reto formidable, de creciente entidad, que se le plantea entonces al derecho es el de decidir en entornos de reconocida incertidumbre científica. De hecho se están adoptando ya cientos, miles, de decisiones en muchas materias en las que la tecnología plantea sus nuevas ofertas pero la ciencia se abstiene de decidir, primero porque no le corresponde y, segundo, porque no tiene todavía un conocimiento cierto sobre los efectos y riesgos de esas nuevas tecnologías. Basta pensar, por ejemplo, en decisiones que son competencia municipal, de miles de municipios, sobre la autorización de instalaciones de grupos de antenas de telefonía por ondas electromagnéticas. Cuando estas tecnologías se ofertaron, la ciencia, la comunidad científica, requería de un periodo dilatado —20 años, decían— para alcanzar un conocimiento cierto de sus efectos, particularmente de sus riesgos. Pero las administraciones municipales no podían esperar 20 años estando insertas como están en un orden jurídico volcado a la decisión, a la construcción de certezas y que, si esa decisión no se produce expresamente, activa el mecanismo del silencio administrativo para producirla en pocas semanas. Así fue como se adoptaron miles de decisiones municipales en un entorno de reconocida incertidumbre científica. Para unos municipios estas instalaciones generaban un riesgo inaceptable, mientras que otros las consideraban completamente inocuas y por ello las autorizaron. Unas y otras son decisiones adoptadas cuando la comunidad científica reconoce no tener un conocimiento cierto sobre los riesgos de tales tecnologías. Los tiempos de los procedimientos administrativos no son los tiempos de la ciencia y fuerzan por ello decisiones de las autoridades que pueden así producirse en la más absoluta incertidumbre.

El derecho habrá de cambiar su posición y variar su estrategia para operar y decidir en la incertidumbre[2]. De hecho, en su ya frecuente contacto con ella, el derecho se está haciendo más incierto. Las leyes que disciplinan sectores con componente tecnológico son leyes vacías: fijan instancias y procedimientos de decisión, pero ellas no deciden, ni contienen referencias sustantivas, que se encuentran en un nuevo y difuso territorio normativo poblado por normas técnicas, autorregulaciones, protocolos y por los evanescentes instrumentos del soft law. Pero es que las autorizaciones, decisiones singulares a las que siempre se atribuyó la seguridad propia de un título administrativo, también devienen inciertas cuando ahora se generaliza en ellas la obligación de incorporar en el futuro la mejor tecnología disponible, que se desconoce cuál será. Esta incertidumbre se ha transmitido primeramente al sector financiero, que no puede conocer los costes en los que incurrirán las instalaciones y empresas que solicitan su financiación.

Se están desarrollando también nuevas estrategias, creando nuevos principios e instrumentos para articular decisiones jurídicas en entornos de incertidumbre científica. El principio de precaución, ya muy conocido, es uno de ellos con esa específica funcionalidad. Pero, por lo general, todas estas estrategias comportan una relativa abdicación del derecho ante la ciencia y la técnica. La remisión a la mejor tecnología a la que se hacía

referencia, tan presente en las autorizaciones, es una buena muestra de ello. Esta deriva cientifista o tecnicista del derecho no resulta acertada por cuanto no se le puede exigir el acierto de sus decisiones en espacios en los que la propia ciencia carece de conocimientos seguros. El derecho habría de mantenerse en sus modos de decisión característicos —modos literarios con elementos de ficción— que no aspiran a dar con la verdad objetiva, científica, sino a resolver las cuestiones con entidad jurídica —conflictos de derechos e intereses— que se le plantean. El derecho romano se encaraba también con situaciones de incertidumbre. No se sabía qué había sido de aquel centurión que fue a la guerra con César y no regresaba con él. Los juristas romanos no aspiraban a dar con la verdad objetiva, si estaba vivo o no. Pretendían resolver los problemas que planteaba la incertidumbre de su ausencia: si su esposa se consideraba viuda, si sus hijos podían heredarle, si su puesto en el ejército podía ocuparlo un nuevo centurión. Para resolver esos problemas crearon una ficción, una certeza construida, convencional: se le presumía fallecido si transcurría un cierto tiempo sin noticias suyas.

Las presunciones, otras ficciones y certezas convencionales están volviendo y habrán de articularse de manera imaginativa para establecer procedimientos y modos de decisión propias del derecho, atentos a las cuestiones jurídicas que se suscitan y no tanto a los problemas de certezas objetivas que la ciencia no resuelve o tarda mucho en hacerlo.

[1] De hecho inspiró la introducción a mi libro *El desconcierto del Leviatán (Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia)*, Marcial Pons, en el que tienen pleno desarrollo las ideas que aquí tan solo se insinúan.

[2] Sobre el tema, el libro colectivo resultado de la colaboración académica hispano alemana, *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*, M. Darnaculleta/J. Esteve Pardo/I. Speaker gen. Döhmman (eds.), Marcial Pons, edición alemana Nomos Verlag.