

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

# ESTRATEGIAS DEL DERECHO ANTE LA INCERTIDUMBRE Y LA GLOBALIZACIÓN



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

## ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS.....	19
PRESENTACIÓN.....	23
INTRODUCCIÓN AL CONTENIDO Y SISTEMÁTICA DE LA OBRA.....	25

### PRIMERA PARTE DERECHO Y PODER PÚBLICO ANTE LA INCERTIDUMBRE

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

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

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

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

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

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

### TERCERA PARTE

#### AUTORREGULACIÓN SUPRANACIONAL EN DECISIONES JURÍDICAS COMPLEJAS

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

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

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

#### CUARTA PARTE

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

<b>CAPÍTULO 10. AUTORREGULACIÓN NORMATIVA Y DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN, por M. Mercè Darnaculleta i Gardella.....</b>	197
I. INTRODUCCIÓN .....	197
II. LA REMISIÓN A LA AUTORREGULACIÓN COMO RESPUESTA DEL DERECHO A LA INCERTIDUMBRE .....	199
1. El impulso de la autorregulación a nivel nacional, europeo e interna- cional .....	200
2. La tendencia hacia la internacionalización de la autorregulación: es- pecial referencia a los estándares privados internacionales .....	202
III. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN ENTRE LA AUTORREGULACIÓN Y EL DERECHO EN UN ENTORNO GLOBALIZADO .....	205
1. La incorporación y la remisión a la autorregulación por parte del Derecho .....	205
2. Especial complejidad de la regulación del contexto de la autorregu- lación .....	208
IV. AUTORREGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y DERE- CHO EN LA GLOBALIZACIÓN .....	209
1. La tradicional consideración extrajurídica de la autorregulación nor- mativa: los estándares privados internacionales como manifestación del <i>soft law</i> .....	209

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

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

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

## QUINTA PARTE

### EL DEBATE SOBRE LA LEGITIMACIÓN EN LA ERA GLOBAL

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

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

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

ACIB  
 ADN  
 AEM  
 AEN  
 AETH  
 AFNO  
 ANE  
 AGE  
 APRI  
 AA  
 Bay/W  
 BCBS  
 BIRD  
 Bimbo  
 BMD  
 BVerfGE  
 BVerwG  
 BVerwGO  
 CI  
 CIE  
 CII  
 CEN  
 CENELIX  
 CA  
 CIPV  
 CNT  
 Cvecl