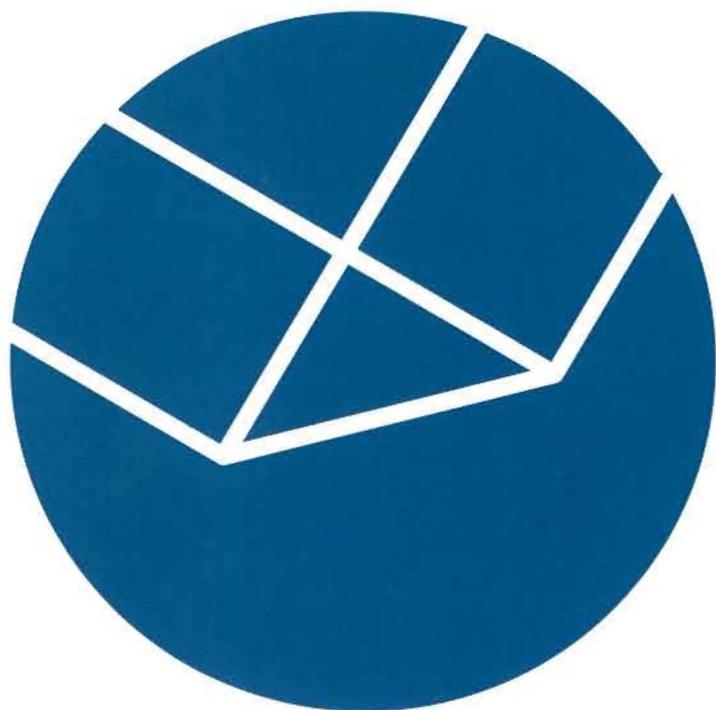


Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización

M. Mercè Darnaculleta i Gardella
José Esteve Pardo
Indra Spiecker gen. Döhmman (eds.)



Administración pública y Derecho

ÍNDICE

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

PRIMERA PARTE DERECHO Y PODER PÚBLICO ANTE LA INCERTIDUMBRE

CAPÍTULO 1. DECIDIR Y REGULAR EN LA INCERTIDUMBRE. RESPUESTAS Y ESTRATEGIAS DEL DERECHO PÚBLICO, por José Esteve Pardo.....	33
I. PLANTEAMIENTO. LA EXPANSIÓN DE LA INCERTIDUMBRE EN LA SOCIEDAD ACTUAL.....	33
II. EL PROBLEMA PARA EL DERECHO. LA DECISIÓN Y LA REGULACIÓN 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 espacios 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 PROCEDER ANTE LA INCERTIDUMBRE. CERTEZAS CONSTRUIDAS Y ORIENTACIÓN LITERARIA DEL DERECHO.....	44

	Pág.
CAPÍTULO 2. INSTRUMENTOS ESTATALES PARA LA SUPERACIÓN DE ESCENARIOS DE INCERTIDUMBRE Y AUTORREGULACIÓN, por Indra Spiecker gen. Döhmman	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

CAPÍTULO 3. ¿AUTORREGULACIÓN Y ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE? EL SECTOR BIOTECNOLÓGICO COMO CONTRAMODELO, por Oriol Mir Puigpelat	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
CAPÍTULO 4. RETOS DE LA RELACIÓN CIENCIA-DERECHO: LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA UNIÓN EUROPEA, por Antonio Eduardo Embid Tello	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
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	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.
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	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

CAPÍTULO 7. EL PAPEL DE LA NORMALIZACIÓN INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD Y EL COMERCIO DE PRODUCTOS, por Marc Tarrés Vives	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
 CAPÍTULO 8. NO DEL TODO FIABLES. ORGANIZACIONES PRIVADAS DE EXPERTOS Y REGULACIÓN DEL RIESGO. EL CASO DE LOS CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS, por Gabriel Doménech Pascual	
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
 CAPÍTULO 9. EFECTO DEL RIESGO SISTÉMICO SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO AÉREO, por Francisco B. López-Jurado	
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

CAPÍTULO 10. AUTORREGULACIÓN NORMATIVA Y DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN, por M. Mercè Darnaculleta i Gardella	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
CAPÍTULO 11. AUTORREGULACIÓN REGULADA COMO ESTRATEGIA DE COORDINACIÓN, por Claudio Franzius	217
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
CAPÍTULO 12. EL MARCO HISTÓRICO Y EL IMPULSO DE LA AUTORREGULACIÓN SOCIAL DE RIESGOS, por Peter Collin	245
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
 CAPÍTULO 13. ¿EXISTE UN DISCURSO SOBRE LA AUTORREGULACIÓN? SOBRE LA SEMÁNTICA DEL CONCEPTO (AUTORREGULACIÓN), por Lara Elena Knop	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 cibermética.....	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

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

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

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