

# EL PROGRESO TÉCNICO Y CIENTÍFICO EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

*Alberto Palomar Olmeda*

*Magistrado. Profesor Titular (acred) de Derecho Administrativo.*

## RESUMEN

El progreso de la ciencia y la tecnología en la sociedad actual es un fenómeno que puede llevar a transformar muchas de las instituciones y garantías actuales. La perspectiva del presente trabajo se centra, precisamente, en presentar la problemática de cómo afecta al ámbito de la resolución de los conflictos jurídicos la introducción de elemento de incertidumbre, como el estado actual de la ciencia sobre el que fundar la existencia de muchas instituciones y mecanismos de garantía. La aleatoriedad, la incertidumbre, la falta real de la incidencia en el ámbito específico de los progresos o, incluso, la forma de advenir dicho progreso son elementos que para la resolución de conflictos jurídicos está aún por hacer aunque es cierto que ya suponen un elemento central de la resolución eficaz, veraz y socialmente aceptada de los mismos.

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El progreso de la ciencia y la tecnología en la sociedad actual puede considerarse como en un momento ciertamente interesante por su intensidad, su variedad y porque, especialmente, en el área de las ciencias experimentales se están produciendo transformaciones de tal naturaleza que ninguna actividad social puede quedar al margen de las transformaciones.

En este camino se ubica el derecho. El derecho en cuanto ordenación de la vida social trata de establecer reglas de convivencia y de sociabilidad que, claro está no puede ser ajenas a la sociedad en la que tratan de introducirse. Si la sociedad está cambiando deberá hacerlo, igualmente, el conjunto de normas que disciplinan la misma.

La pregunta evidente es qué tipo de normas deben cambiar o cómo deben hacerse los cambios. En este punto y, al margen de otras consideraciones más generales, podríamos indicar que las transformaciones de la ciencia suponen, de facto, un cambio en la solución a muchos conflictos jurídicos. La cuestión compleja es saber cuándo se produce el cambio de paradigma y cuándo la realidad social alcanza a la realidad jurídica.

No es infrecuente, en este punto, que la norma o la propia jurisprudencia solucionen los conflictos jurídicos sobre la base de conceptos como “la mejor ciencia”, el “estado de la ciencia”, la “mejor tecnología disponible”, etc. Sobre los mismos hemos fundado instituciones jurídicas como la responsabilidad patrimonial, la responsabilidad civil, la responsabilidad de los funcionarios, la valoración de derechos e intereses, etc.

En este punto podemos señalar que, muy a menudo, las normas solucionan el problema introduciendo una solución sobre la base de los conceptos jurídicos indeterminados. Expresiones o soluciones como la “mejor técnica disponible”, son, en términos deportivos, poco más que una patada adelante que soluciona la cuestión inmediata pero que lleva al juzgador a análisis complejos y nada ciertos sobre qué debe entenderse como tal.

A partir de aquí surge la cuestión relativa a cómo solucionar los conflictos jurídicos que se van planteando en entornos ciertamente inciertos. Muy a menudo la jurisprudencia, por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, alude a conceptos muy similares cuando se refiere al estado actual de la ciencia como parámetro referencial en la adopción de las soluciones.

Sea como fuere cabe indicar que la cuestión meramente apuntada impone en el ámbito de los conflictos y soluciones jurídicos un cambio de enfoque que afecta a la propia forma de configuración de las normas jurídicas como elemento central de la ordenación y de la vida social y, probablemente, en un plano diferente, en la forma y condiciones de hacer llevar al proceso las propias transformaciones.

## **2. EL DERECHO ANTE LAS CONVENCIONES SOCIALES COMO PARÁMETRO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS.**

Las referencias que acaban de analizarse nos sitúan, ciertamente, ante la evidencia de que la aplicación de normas en las que contienen estas cláusulas como las anteriormente apuntadas se funda en una pura convención y las convenciones -en tanto manifestaciones no formalizadas ni acreditadas- provocan una indudable preocupación en el ámbito del aplicador de las normas en razón, precisamente, a su falta de certeza. Por decirlo de alguna forma más coloquial una cosa es aceptar que existe una convención y otra diferente desde cuándo y hasta cuándo rige. Los términos de la aceptación social de las reglas y de la aplicación al ámbito de las relaciones jurídicas son, claro está, de diferente contenido y plasmación.

A partir de ahí no debe extrañarnos que las cosas son lo que son en un momento determinado y la solución debe producirse conforme a la consideración del momento. Es cierto que la consideración aplicativa como una foto fija plantea problemas jurídicos que no son menores como los que se refieren a los efectos retroactivos de interpretaciones más favorables -si hablamos de sanciones, por ejemplo-, la negación de responsabilidad que, poco tiempo después, sería admitida o, en general, un conjunto de cuestiones que ponen de relieve el choque de principios generales frente a reglas de aplicación temporales.

Es claro, por tanto, que las convenciones no hacen sino reflejar el estado de la cuestión de una determinada materia. Los juristas estamos, sin embargo, acostumbrados a la certeza de que las normas se publiquen y que su eficacia esté en función de su entrada en vigor y que ésta dependa en gran medida de su publicación y de que en ésta se determine en relación con sus propios efectos.

El esquema indicado cuando se proyecta sobre conceptos como el estado actual de la ciencia produce una gran inquietud jurídica: con exactitud no se sabe cuándo cambió el estado anterior ni hasta cuándo se mantendrá el estado actual para pasar a ser estado anterior. Esta incertidumbre plantea, además del problema de su certeza, un problema adicional y es el de conocer cuándo el propio mundo científico considera que el estado actual está consolidado de una forma indiscutible y sin discusión alguna.

La consolidación científica se produce en marcos y escenarios que no siempre son homogéneos, ni transparentes, ni claros ni definitivos. No hay un órgano oficial que los valide ni los certifique de forma que el conjunto de los operadores pueda actuar de forma diferente a partir de ahí.

La consolidación se produce, a menudo, como la lluvia fina que uno siempre piensa que no acabará por mojarle pero, finalmente, sí lo hace y sus efectos son, a veces, tan perceptibles como los de una gran tormenta.

Lo que realmente nos preocupa es que mientras se produce el efecto de consolidación se están produciendo soluciones jurídicas a conflictos planteados que pueden quienes tienen que decidirlos “no haberse mojado” lo suficiente y, por tanto, sin ser sensibles a los cambios que se producen lentamente en la institución que soporta el propio conflicto jurídico.

### 3. LA REDUCCIÓN JURISDICCIONAL DE LA INCERTIDUMBRE

En este estado de cosas parece evidente que una de las labores esenciales del juzgador -en cuanto titular o responsable de la solución de conflictos jurídicos- es la de reducir o minimizar los efectos de la incertidumbre y su propia existencia. Las formas de reducción de este esquema son, ciertamente, complejas y pasan por diversos estadios.

Así, en primer lugar, la aproximación de la ciencia y de sus soluciones novedosas al ámbito de la solución de un conflicto jurídico exige una labor de divulgación y, finalmente, de adveración de los proyectos. Una de las cuestiones centrales es la de saber cuándo ha cambiado el “estado actual de la ciencia”.

En este sentido es preciso que la ciencia haga una labor de divulgación y de presentación pública del conocimiento que, en estos momentos, no está al alcance sino de los que forman parte de la misma.

El problema central es que ese conocimiento científico debe trascender de su propio ámbito experto para poder ser conocido o aportado en el marco de la solución de los conflictos jurídicos. En este sentido cabe indicar que, aunque menos en los últimos tiempos por la vía de internet y otras redes sociales, se haya producido una cierta generalización de los avances y las transformaciones de la ciencia pero no cabe negar que se trata de un ámbito no demasiado transparente que circula por circuitos expertos y que es sencilla de divulgar ni de presentar en público. Adicionalmente y, también en los últimos tiempos, a este efecto de opacidad se une la incertidumbre que acaba planteando la validación de la información de disposición general si, realmente, no existe una función de validación general. Los mecanismos convencionales que utiliza el derecho (aprobación por un órgano público, difusión pública y/o oficial, etc.) no tienen una presentación ni una trascendencia semejante en el mundo de la ciencia donde, a menudo, la credibilidad está en función de la institución de la que procede y no hay, con carácter general y al margen de instrumentos e instituciones específicas, un elemento de validez general y de desuso específico que pueda servir para sustituir una norma de interpretación de otras.

En un segundo plano y centrándonos ya en el ámbito de la resolución específica de los conflictos jurídicos podemos indicar que existe una evidente predisposición a la no incorporación inmediata no solo por lo que cuesta el acceso a las fuentes sino, sobre todo, porque desde la perspectiva judicial estas cuestiones lo que hacen es proyectar mayores cotas de incertidumbre que, realmente, son lo que contrario a lo que busca el juzgador en el que la solución de lo planteado es la consecuencia de la obtención de certezas y no de incertidumbres.

En razón a lo anterior podemos reclamar una mayor actividad y predisposición de los órganos jurisdiccionales a conocer el estado actual de la ciencia, a contrastarla, y a aplicarla en condiciones que permitan solucionar los conflictos jurídicos en términos de mayor aproximación a la realidad social (art. 3 del C.C.). No se trata de crear derecho sino de utilizar los elementos interpretativos que admitan las normas conforme a un régimen diferencial.

No cabe negar que en la situación actual de la solución de conflictos jurídicos la apertura a la ciencia por la vía de los dictámenes o de los peritajes se presentan más como un obstáculo que como una solución. Cuesta tanto conseguir apoyo técnico neutral y acertado sobre las cuestiones de dicha índole que su multiplicación y su generalización ciertamente da mucha pereza como solución real.

Sin embargo, bien sea por la incorporación de profesionales estables al asesoramiento judicial, por la participación más generalizada de órganos técnicos de la Administración o por la facilitación del peritaje en nuestras leyes procesales sin una referencia tan costosa en términos económicos, es preciso reclamar un impulso decidido a la reducción de los ámbitos de incertidumbre en la aplicación de las

normas y que los estándares de indeterminación que las normas no pueden llenar se traduzcan en elementos de concreción de la certeza, al menos, desde una perspectiva temporal. Es evidente que, en el fondo de la cuestión, está la idea de que las soluciones son convencionales y temporales, pero, aun en ese terreno es preciso acotar el riesgo del desfase.

A partir de esta mínima reflexión procesal cabe indicar que el conocimiento y la objetivación de los cambios y de la transformación del estado de la ciencia exige un esfuerzo por establecer formas de colaboración institucional que permitan a los órganos jurisdiccionales aproximarse a los mismos desde la posición de neutralidad institucional que corresponde a los órganos administrativos o a aquellos que, no siéndolo, tienen un posición de prestigio social que les permite la transmisión no lucrativa de conocimientos y experiencias. Esta información es especialmente útil por su neutralidad y ausencia de conflicto y debería ser completa o contrapuesta a la que las partes puedan conseguir en apoyo de sus propias pretensiones.

El informador imparcial, la pericial pública, el contraste de las privadas son los elementos que deben solventar la problemática judicial de solución de conflictos. Sin estos u otros instrumentos semejantes o, cuando menos, que cumplan la misma función la posición del operador llamado a la resolución de conflictos puede convertirse en un instrumento que no sea acorde con las exigencias sociales y con esto que hemos venido considerando como el estado actual de la ciencia.

#### **4. UN EJEMPLO RECIENTE: LA STJUE DE 29 DE ABRIL DE 2015.**

Como muestra de lo dicho un botón. Se ha conocido, recientemente, la STJUE de 29 de abril de 2015 que resuelve una cuestión prejudicial en relación con una nueva disposición del derecho francés que limitaba o restringía la donación de sangre a las personas que hubieran mantenido relaciones sexuales homosexuales.

La solución adoptada por el Tribunal de Justicia, a los efectos de lo que aquí se analiza, puede condensarse en las siguientes referencias:

“A este respecto, como se desprende en particular del artículo 21 de la Directiva 2002/98 (LCEur 2003, 279), a fin de garantizar la calidad y la seguridad de la sangre y de los componentes sanguíneos, cada donación de sangre debe verificarse de conformidad con los requisitos formulados en el anexo IV de dicha Directiva, teniendo presente que tales requisitos están llamados a evolucionar al compás del progreso científico y técnico (sentencia Humanplasma [TJCE 2010, 376], C-421/09, EU:C:2010:760, apartado 42). Con arreglo a este anexo IV, deben realizarse, entre otras, pruebas de detección del VIH 1/2 en los donantes.

62. El Gobierno francés y la Comisión ponen de relieve, no obstante, que en el estado actual de la ciencia existe un «periodo ventana», es decir, un periodo inmediatamente posterior a la infección viral y durante el cual los marcadores biológicos utilizados para la detección de la infección en las donaciones de sangre siguen siendo negativos, pese a la infección del donante. A su juicio, son pues las infecciones recientes las que entrañan un riesgo de que no se detecte el VIH en las pruebas de detección y, por consiguiente, un riesgo de transmisión de dicho virus al receptor.

63. Corresponde al tribunal remitente verificar si, en tal situación y en el contexto del respeto del principio de proporcionalidad, existen técnicas de detección del VIH eficaces para evitar la transmisión de dicho virus a los receptores, tomando en consideración que las pruebas de detección deben realizarse de conformidad con los procedimientos científicos y técnicos más recientes, según indica el considerando 29 de la Directiva 2002/98 (LCEur 2003, 279)...”.

Más en concreto, el párrafo 64 señala que “... En particular, corresponde al tribunal remitente verificar, teniendo especialmente en cuenta el coste de someter a una cuarentena sistemática

las donaciones de sangre procedentes de hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres o el coste de aplicar una detección sistemática del VIH a todas las donaciones de sangre, si los progresos de la ciencia o de la técnica sanitaria permiten garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores sin que la carga que ello supone resulte desmesurada en comparación con los objetivos de protección de la salud que se persiguen...”.

La consecuencia del operador jurídico puede extraerse de lo que establece el parágrafo 69 cuando señala que “... Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 (LCEur 2004, 1304) debe interpretarse en el sentido de que el criterio de exclusión permanente de la donación de sangre formulado en dicha disposición en relación con la conducta sexual cubre el supuesto en el que un Estado miembro, habida cuenta de la situación predominante en él, establezca una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres, siempre que se acredite, basándose en los conocimientos y en los datos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, que dicha conducta sexual expone a esas personas a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre y que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, no existen técnicas eficaces de detección de esas enfermedades infecciosas o, a falta de esas técnicas, métodos menos coercitivos que dicha contraindicación que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores. Corresponde al tribunal nacional verificar si, en el Estado miembro de que se trate, concurren estos requisitos...”.

Es este un supuesto evidente de lo que hemos planteado: los condicionamientos del estado actual de la ciencia como parámetro de validez, eficacia y proporcionalidad de una norma que, a priori, puede plantear grandes dudas en su carácter prohibitivo o limitativo de las personas en la donación de sangre por razón de su condición sexual.