

**BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA INNOVACIÓN COMO RETO DEL DERECHO
PÚBLICO**

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid.

En este tiempo turbulento e incierto, en el que prevalece el sentido utilitario de lo útil, parece pertinente preguntarse, con Nuccio Ordine¹, por la utilidad inútil del Derecho en tanto que saber que no produce por si mismo beneficios tangibles, pero que sin duda pertenece al mundo de lo que nos hace mejores.

¿Está el Derecho a la altura de lo que de él exige el tiempo? O siquiera ¿se entiende lo que éste exige de aquél?

Razones para la duda no faltan: generalización de la desconfianza en la justicia y sorprendente cifrado de la reforma de ésta, en el pacto de Estado de 2001, en la modernización del lenguaje jurídico para que “el Derecho hable como habla la gente”, por ejemplo². Muchas son las causas de tal estado de cosas, pero la primaria es, sin duda, la creciente incapacidad del Derecho para cumplir su función de orden en una realidad compleja y fluida, impidiendo que la sociedad se deslice hacia una situación de caos. Lo que, sea dicho de pasada y como ha destacado Th. Burri³ recurriendo a la metáfora de Heinz-Otto Peitgen, Harmut Jürgens y Dietmar Saupe, el trabajo de la masa, apunta a similitudes entre las misiones de la teoría del caos y la del Derecho: ha de pretender entender el caos y dominarlo mediante reglas con

¹ Nuccio Ordine, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Ed. Acantilado, Barcelona 2013.

² Al respecto, véase F. Reinoso Barbero, “El lenguaje jurídico entre las bromas y veras”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Iustel, Nr. 41, págs.. 54 y sgs.

³ Th. Burri, “Do lawyers knead the dough? – How law, chaos, and uncertainty interact”, *4 European Journal of Risk Regulation*, 2010, págs. 371 a 381.

la lógica de todo sistema dinámico estable de condición iterativa en el modo de su reproducción.

Desde su ya dilata reflexión en este terreno W. Hoffmann-Riem⁴, a quien forzoso resulta seguir en estas breves reflexiones, ha puesto de relieve que, en las expuestas circunstancias, parece claro que:

- a) El Derecho debe superar el pensamiento monocromo y dicotómico, confiar en los conceptos abiertos y flexibles y desarrollar sistemas adaptativos de gobernanza y eficacia.

⁴ Las aportaciones del autor citado son muy numerosas, siendo de destacar las siguientes:

- W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), "Möglichkeiten des Rechts bei der Bewirkung von Innovationen", en: *Rechtliche Rahmenbedingungen für Forschung und Innovation*, VDI Technologiezentrum 1996, págs. 10 a 25.
- W. Hoffmann-Riem, "Innovationen durch Recht und im Recht", en: M. Schulte (Hrsg.), *Technische Innovation und Recht - Antrieb oder Hemmnis?*, 1997, págs. 3 a 32,
- W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998.
- W. Hoffmann-Riem, "Vorüberlegungen zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung", *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, Nomos, 1997, págs. 19 a 30.
- W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider, "Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung", en: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Nomos Verlagsgesellschaft 1998, págs. 389 a 412.
- W. Hoffmann-Riem, *Zur Notwendigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung*, *Rechtstheorie* 1999, págs. 507 a 523; también en: D. Sauer/C. Lang (Hrsg.), *Paradoxien der Innovation. Perspektiven sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung*, Köln 1999, págs. 229 a 247.
- W. Hoffmann-Riem, *Innovationssteuerung durch die Verwaltung: Rahmenbedingungen und Beispiele*, *Die Verwaltung* 2000 (Heft 2).
- W. Hoffmann-Riem, "Steuerung und Stimulierung innovativen Verhaltens Privater durch die Verwaltung", en: H.H. Hill/H. Hof (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht*, Bd. II, *Verwaltung als Adressat und Akteur*, Baden-Baden 2000, págs. 239 a 250.
- W. Hoffmann-Riem, "Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf", en: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung. Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung*, Baden-Baden 2002, págs. 26 a 47.
- W. Hoffmann-Riem, "Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Plädoyer für einen trans- und interdisziplinären Dialog zwischen Rechts und Technikwissenschaft", *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis* (TATuP), 2003, págs. 91 a 100.
- W. Hoffmann-Riem, "Risiko- und Innovationsrecht im Verbund", *Die Verwaltung* 2005 (Bd. 38), págs. 145 a 176.
- W. Hoffmann-Riem, "Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung", *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) 2006, págs. 255 a 277.
- W. Hoffmann-Riem, "Recht als Instrument der Innovationsoffenheit und der Innovationsverantwortung", en Hof, Hagen/Wengenroth, Ulrich (Hrsg.), *Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven*, Hamburg 2007, págs. 387 a 401.
- M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovationsverantwortung. Innovation und Recht III*, Ducker & Humblot, München, 2009.

Una reflexión retrospectiva del autor sobre el proyecto de investigación "Recht und Innovation" (Derecho e innovación) por él liderado, en *Rückblick auf das Projekt "Recht und Innovation"* (13.09.2010), accesible en <http://www.jura.uni-hamburg.de/public/personen/hoffmann-riem/Innovation-Rueckblick.pdf>.

- b) Esa superación demanda del Derecho una investigación reflexiva sobre su propia innovación, pero también sobre su idoneidad para lidiar con la innovación científica, técnica y social, evitando tanto la actitud reticente como la euforia innovativa.

La ciencia del Derecho se ha considerado a sí misma siempre, en todo caso, como práctica, de suerte que –a pesar de la contraposición teórica de los sistemas continental y del *common law*- lo que sea Derecho depende en realidad del “caso jurídico” dominado por análisis, comentarios y convenciones dogmáticos y de la praxis judicial. El caso es constituido siempre por el Derecho, por ser falso, en realidad, el modelo ideal de sucesión caso fáctico-subsunción en una regla general preexistente del que se ha nutrido el positivismo del Derecho. Pues para éste la única cuestión jurídica relevante es la de la inserción de toda nueva decisión en el tejido jurídico existente, en modo alguno la eficacia, racionalidad, eficiencia y justicia de aquélla. Ocurre que, en contra de tal modelo, creación y aplicación aparecen imbricados circularmente en el Derecho: cada aplicación es al mismo tiempo modificación gracias a la neutralización del principio de que la primera procura solo conocimiento (excluyendo la creación); neutralización, que es irrelevante para el sistema mientras pueda ocultarse la apuntada imbricación mediante la construcción formal deductiva o derivativa del discurso jurídico que salva el paradigma de la vigencia que presupone siempre la existencia previa (a la aplicación) de una norma.

La persistencia del paradigma no empuja a la experimentación por el Derecho de transformaciones radicales, que aquí solo pueden ser enunciadas telegráficamente⁵:

- Superación (vía europeización, internacionalización, globalización) del estadio del Derecho estatal, experimentando éste el deterioro de su unidad ordinamental clásica y la dilución de la jerarquía en una “multiplicación heterárquica de las fuentes”.

⁵ Véanse, a este respecto, las interesantes consideraciones de K-H. Ladeur, *Was bedeutet die “Normativität des Rechts in der postmodernen Gesellschaft) –Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts- und die Politikwissenschaft-*, accesible en <http://www2.jura.uni-hamburg.de/ceri/publ/A2.12.09-neu.pdf>.

En paralelo y como consecuencia de la evolución del Estado interventor primero en prestaciones y luego en preventivo y garante –que se corresponde con la de la sociedad desde la de los individuos a la de las redes, pasando por la de las organizaciones, el propio Estado:

- i) Ha perdido su estabilidad, pero incrementado sus formas y posibilidades de actuación, al precio de i) el trastocamiento del principio de Estado de Derecho en términos que hacen difícil ya su empleo como supraconcepto de amplio radio explicativo; y ii) su inserción en un sistema de pluralidad de estratos normativos interpenetrados caracterizado por las construcciones híbridas (compatibilizadoras de lo hasta irreconciliable) y requirente de complejas reglas de colisión. Cambios profundos, que la ciencia jurídica viene afrontando básicamente con estrategias de mantenimiento de una pura apariencia de continuidad, como las de: i) la constitucionalización (vinculación del orden de derechos fundamentales) y ii) la prevalencia del conocimiento estatal sobre la epistemología social, con desviación del grueso de la legislación de la autoorganización social a la Administración para la consecución de objetivos fijados por el Estado (aunque paradójicamente este fenómeno vaya acompañado de la progresiva dependencia de los recursos de los sujetos privados).
- Está siendo desbordado por su sujeción a un proceso continuo de variación imposible de controlar con la bomba de achique clásica: la interpretación teleológica y analógica; proceso conducente, por mor de la pérdida de centralidad de la eficacia vinculante de la Ley, a: i) la necesidad del recurso a operaciones de ponderación y composición (así en la colisión de derechos constitucionales) corruptoras de la separación funcional de los poderes estatales (como muestran las posibilidades “creativas” de la técnica de la interpretación conforme); ii) la progresiva juridificación de la política en modo alguno restrictiva de las posibilidades decisionales del poder; y iii) la privatización, tampoco limitadora, sino, al contrario, ampliadora de su esfera de acción (en punto a la responsabilidad por las consecuencias de la misma, origen de la creación de nuevas estructuras en las que tiene lugar ya no tanto la “comprensión”, cuanto la “concreción” de las normas) y ello, por más que sea observable un paralelo proceso inverso de desplazamiento

creciente del tratamiento del tráfico jurídico –sobre todo transnacional- desde los órdenes internos a los supranacionales y los Tribunales judiciales a los arbitrales.

- Viene sufriendo en su función de generación de orden (como muestra la penetración de los conceptos de gobernanza y *compliance*): i) de un lado, la quiebra de la equiparación de eficacia vinculante y coerción-sanción por la emergencia -en sectores como el de la técnica o el medio ambiente, ya incontrolables solo desde la intervención- de una nueva infraestructura de estándares y criterios técnicos y científicos; de modo que, a despecho de la persistencia de la necesidad en su caso de la coerción, el Derecho deba reproducirse en lo esencial desde y por si mismo (ilustrativas son las nuevas formas de la *lex mercatoria*); y ii), de otro lado, la alteración de su infraestructura en forma de soberanía anónima de las convenciones sociales por la vía de la recepción de normas fácticas y la generación de reglas tanto de formalización del conocimiento y su reconocimiento en el caso concreto, como de presunción y prueba para –en caso de incertidumbre- determinar el conocimiento “creíble” (por ej. reglas sobre la carga de la prueba en controversias sobre nuevos riesgos).

El Derecho continua ciertamente generando orden gracias a la posibilidad de la conexión a normas jurídicas –sobre la base de un conocimiento común- de la formación y compartición de expectativas que pasan a formar parte reflexiva del aquel saber común; proceso que permite la ritualización de las decisiones jurídicas como sanción del conocimiento por una autoridad reconocida, demostrando nuevamente así i) la inseparabilidad de las dimensiones cognitiva y normativa en la reproducción jurídica (aquí reside la trascendencia de los estándares y las normas técnicas de todo tipo) y ii) la creciente importancia de un fenómeno de siempre: la dependencia de la función de estabilización de expectativas de comportamiento de la posibilidad de la formación de expectativas fácticas de normalidad y la imputación de riesgos y responsabilidades mediante una infraestructura de causalidades canonizadas mediante suposiciones de probabilidad, reglas de saber y presunción, estándares y modelos. Pero ello no oculta la trascendencia del cambio: visto de cerca el aseguramiento de expectativas no es tan estable como aparenta, ya que la certeza del Derecho depende

paradójicamente de la incerteza de sus conceptos básicos. Solo la textura abierta del Derecho puede permitir su adaptación a las actuales condiciones de transformación permanente de la sociedad. Ocurre que el Derecho está preso de la ambivalencia de su orientación al equilibrio entre estabilización y predisposición a la transgresión.

No parece necesario justificar la afirmación de que la sociedad actual produce una demanda importante de innovación como consecuencia de la dinámica de casi todos los ámbitos de la vida, la inmensa presión de la competencia y la interconexión global y los muchos problemas irresueltos de un presente vivible y de un futuro capaz de vida. El credo del mundo de hoy es “modernización continua”: una estrategia de conservación de la capacidad de innovación y resolución de problemas de los sistemas sociales.

El Derecho influencia las innovaciones sociales (técnicas, económicas, sociales o culturales) y éstas a su vez reoperan sobre el Derecho. Aunque éste se ha ocupado siempre de su relación con la realidad, no existe hasta hoy una verdadera investigación jurídica sobre la innovación (en contraste con la economía, la sociología organizacional, la ciencia de la Administración, la investigación técnica, etc.).

En la búsqueda de soluciones a las cuestiones que se plantea, en particular, la ciencia económica sobre la innovación (¿cómo surgen las invenciones? ¿cómo se las hace maduras para su aplicación? y ¿cómo se las hace operativas para el mercado?) se tropieza las más de las veces con el Derecho, que se experimenta entonces generalmente como impedimento, a veces también incentivo y no infrecuentemente recurso (cuando algo ha ido mal en una innovación; p. ej. en punto a responsabilidad). Esto no es sorprendente porque el Derecho es ante todo protección que embaraza a aquél frente al que se dispensa. Pero debe crear seguridad para todos y defender frente a peligros, en especial frente a los riesgos de la evolución científico-técnica y del desarrollo de procedimientos nuevos. Cuanto mayor sea el riesgo o peligro de descontrol de una evolución, tanto mayor es la demanda al Derecho.

El buen Derecho procura, pues, la prevención del riesgo, pero justamente este tipo de Derecho es visto por muchos como enemigo de la innovación. Pues debe

arrogarse, en su caso, la regulación de lo nuevo antes de que sea conocido o realidad y sin poder referirse desde luego, las más de las veces, a experiencias, menos aún sistemáticas y contrastadas. Y ha de regular a pesar de la imprevisibilidad de las condiciones funcionales y las consecuencias de las nuevas técnicas e invenciones. Incertidumbre, imprevisibilidad e insusceptibilidad de planificación se constituyen así en acompañantes de un instrumento –el jurídico– que en su entendimiento tradicional, sin embargo, busca prioritariamente seguridad y presupone posibilidad de planificación.

Esta arrogación nueva del Derecho es consecuencia de la expectativa social de cumplimiento de la tarea de mantenimiento de las innovaciones propias de la sociedad del riesgo dentro de límites aceptables; tarea que requiere el acople a los valores y fines sociales y, en definitiva, constitucionales. Pues las ventajas de las innovaciones deben sobrepasar sus inconvenientes, con neutralización en la mayor medida posible de sus riesgos en todo caso (así, p. ej, aunque una mayoría desee los beneficios de la técnica genética para la medicina, el Estado debe proteger de sus riesgos y consecuencias colaterales).

La protección (en su caso preventiva) limita, pues, la libertad en interés de la de terceros y en primera línea la de aquél al que las innovaciones proporcionan nuevas posibilidades. El innovador quisiera actuar en principio, sin cortapisas jurídicas, aunque no siempre pues también él pretende normalmente minimizar sus riesgos apoyándose para ello en el Derecho (p. ej. en el Derecho de la propiedad intelectual o la patente o el de la responsabilidad), de suerte que sin estos amortiguadores quizá no se produciría la innovación. Por tanto, el Derecho no es enemigo nato de la innovación, pero sí puede serlo el reticente con o ciego para la misma (lo que quiere decir: mal establecido).

La innovación se da hoy en la llamada sociedad del conocimiento; denominación que no responde exactamente al planteamiento de Sócrates (solo sé que no sé e incluso, no creo saber lo que no sé) y Confucio (saber sobre el no saber es saber). Desde luego sabemos cada vez más, pero el conocimiento abre mayores perspectivas sobre el océano del no saber. Dada la dimensión actual del riesgo, puede convenirse así con U. Beck en que se trata de un eufemismo, de manera que mejor sería hablar de la sociedad del no saber y preguntarse con W. Hoffmann-

Riem si no deberíamos ampliar el concepto de ciencia a la acción dirigida a conocer el no saber a fin de hacerlo productivo para la sociedad. Pues si desde F. Bacon la ciencia convencional se define como progreso y, por tanto, poder sobre la naturaleza, el no saber debería considerarse como poder (así tanto los detractores como los propagandistas utilizan la incertidumbre de la genética en su favor).

En cualquier caso el no saber intranquiliza y el saber ésta sujeto a cuestionamiento y corrección, pudiendo producir tanto nuevo saber como no saber. Y ya no nos sirve la racionalidad de la ilustración, pues como el constructivismo en sus diversas variantes ha puesto de relieve el conocimiento está determinado socialmente por modelos de pensamiento, marcos situativos, convenciones, etc... Todo ello es común a todas las ciencias, como los cambios de paradigma en la física de T. Kuhn han demostrado. La diferencia radica más bien en los márgenes de maniobra en la adquisición del conocimiento. A diferencia de las ciencias naturales y exactas, que pueden apoyarse en procesos naturales, la observación y la comparación, las sociales, especialmente el Derecho, deben ocuparse de problemas diferentes y complejos que comportan una específica dificultad: la de encontrar soluciones a intrincados conflictos y, sobre todo, configurar el futuro social (en nuestro caso por medio del Derecho). El encuentro de soluciones en este terreno:

1. Requiere intuiciones plausibles sobre los comportamientos sociales y sus motivos determinantes, sin permitir la experimentación, ni la búsqueda solo del conocimiento, ni por supuesto la investigación sin un preciso sentido o por el mero saber.
2. Aplica por ello, presuponiendo la limitación del saber (y con ello del no saber), parámetros menos precisos a los procesos sociales para llegar a regulaciones, con solo una relativa posibilidad de reducción de las premisas de la investigación (eliminando los factores situativos). Pues en el campo de lo humano el material está constituido por el conflicto y el futuro, lo que vale decir que la humanidad misma se torna campo de experimentación difícilmente controlable y solo observable *ex post*.

La organización jurídica de la vida social ha de afrontarse, pues, desde la falta de conocimiento, en particular del objeto de la posible regulación y el modo de eficacia del Derecho. El Derecho tradicional solo limitadamente reflexiona sobre

los presupuestos sociales, las condiciones de su eficacia y, por tanto, sus efectos, lo que guarda relación con la tradición hermenéutica de la ciencia jurídica. Si bien ahora se presta mayor atención a la eficacia, los restantes métodos y técnicas siguen sin proporcionar el servicio que hoy se precisa. En este punto el Derecho sigue siendo dependiente de otras disciplinas, con las que, sin embargo, es escaso el diálogo.

En tiempos de internacionalización y globalización no cabe olvidar otros problemas añadidos:

- La emergencia de normas de origen privado gracias, sobre todo, a la comunicación internacional (regulaciones sobre asignación de direcciones del protocolo IP por ICANN; el arbitraje del enrutamiento en internet), que representan una innovación jurídica de bulto sin instancia legitimada democráticamente garante del equilibrio de intereses.
- El exceso y, en su caso, defecto, de conocimiento determinante del recurso, incluso en la aplicación del Derecho estatal, al mismo truco empleado por los científicos naturales: concentración en determinados aspectos del problema y reducción de las premisas para poder desarrollar las oportunas estrategias de análisis y solución utilizando el saber experto, reglas sobre carga de la prueba y presunciones y, en especial, la remisión a procedimientos dirigidos a alcanzar el necesario saber decisonal, delegándose así en los propios actores económico-sociales el hallazgo de la solución (ej.: la normativa REACH comunitaria sobre productos químicos, especialmente en los campos de la alimentación y los medicamentos).

La dificultad es de porte (teniendo en cuenta que el problema del saber-no saber afecta tanto a la base empírica como a la idoneidad de los instrumentos puestos al servicio de las soluciones): presuponiendo que se sabe lo que aún no se sabe (el llamado no saber específico), se pretende alcanzar un preciso conocimiento en cualquier materia. Y a veces hasta no sabiendo siquiera lo que no se sabe (el conocido como no saber inespecífico, porque ni siquiera pueden formularse las preguntas adecuadas). De ahí que, para proporcionar las respuestas adecuadas, los juristas se limiten –para fundamentar sus razonamientos y decisiones- al

saber explícito, es decir, el que formalmente se puede expresar y comunicar, evitando en principio el implícito, es decir, aquél del que se dispone por la experiencia, biografía, *know how* sin necesidad de tematizarlo en los razonamientos. Sin embargo, cuando se recurre a expertos es preciso aceptar el empleo por éstos de su saber implícito y cuando se recurre a procedimientos con participación de terceros se activa su saber explícito e implícito con el riesgo de selectividad y opacidad.

Una cosa está clara en todo caso: cuando de la innovación se trata no sirve, al menos como medio principal, el Derecho clásico de intervención (por más que éste siga siendo indispensable (especialmente para la evitación de riesgos), porque las innovaciones no se pueden imponer y si solo posibilitar o facilitar. En este contexto lo pertinente es la puesta a disposición de condiciones, estructuras e institutos posibilitadores del despliegue de potenciales creativos (lo que es especialmente visible en el orden constitucional de derechos ligados al libre desarrollo de la personalidad en sociedad). Aunque es inevitable, en todo caso y para evitar o al menos mitigar los riesgos, el establecimiento de límites, el recurso al *imperium* debe ser la *ultima ratio*, una vez agotadas las posibilidades de la técnica de incentivación (ej: el mercado de derechos de emisión; desarrollo de nuevas tecnologías o de procedimientos que incrementen la eficacia de los existentes). Es concebible hasta la renuncia a la regulación sustantiva en favor del establecimiento de deberes de nuevo cuño referidos al seguimiento y control de los riesgos –en especial de los productos-, el diseño de procedimientos, la información sobre existencia de reservas sobre la idoneidad de procedimientos, etc...). Lo decisivo en el Derecho relativo a la innovación –y aquí radica el gran reto- es la posibilidad de la revisión del camino emprendido cuando se actualicen riesgos inasumibles jurídicamente.

La cuestión, pues, es ¿existe un Derecho que posibilite la innovación sin por ello negar la debida protección, uno que, por tanto, sea capaz de incorporar los factores técnicos, económicos, sociales y culturales que impregnan el potencial innovador y su utilización? En ella encuentra justificación la ciencia jurídica de la innovación, aún por desarrollar entre nosotros.

Ante la presión innovadora actual: el Derecho debe reunir dos condiciones fundamentales: En primer lugar, la apertura a la innovación, pero teniendo en cuenta que i) los tiempos no son iguales en todos los ámbitos: si en el de la modernización económica y técnica es rápido y generador de riesgos (p. ej. Medioambientales), en la social es más lento; pero ii) en ambos se generan riesgos (sean medioambientales, sean de bienestar y sostenibilidad) y no hay autosuficiencia correctora, requiriendo la intervención pública (sea para lograr una modernización ecológica, sea para lograr una determinada calidad de los procesos sociales).

Pero, además y en segundo lugar, el Derecho –en tanto que medio, en el Estado social de Derecho para la calidad de vida en libertad- debe asegurar una innovación responsable. Pues por si mismas las innovaciones no aseguran automáticamente tal fin, desde luego no en términos de su distribución entre el mayor número posible, es decir, considerando en la debida medida el bien común. Una sociedad que apoye las innovaciones sin considerar también sus consecuencias y las de éstas, corre el riesgo de que los efectos negativos anulen los posibles positivos. De ahí la necesidad de sujetar las innovaciones a las orientaciones normativas de la sociedad, especialmente las constitucionales, tales como la igualdad de posibilidades y la libertad real de desarrollo para el mayor número posible. Lo que cuenta en una democracia es la tolerabilidad social de las innovaciones definida jurídicamente. Formando parte la garantía del bien común por el Derecho del contenido nuclear del principio de Estado de Derecho, la abstención de aquél en el proceso de innovación implicaría una pérdida de responsabilidad normativa. Si el Estado social de Derecho ha sido un acompañante de la evolución de la sociedad industrial moderna, ha de serlo también de la sociedad del riesgo, la información y el conocimiento, aunque para ello debe cambiar sus medios. El S. XXI precisa un Derecho siquiera parcialmente nuevo.

La investigación jurídica en este campo debe estar dispuesta, así, a utilizar el Derecho como medio para conseguir los efectos sociales deseados y evitar los indeseados, es decir, para dirigir procesos y resultados. Lo que conecta con el desarrollo en Alemania de la llamada ciencia directiva del Derecho administrativo, que concibe éste como medio para la dirección de los procesos sociales.

¿Puede el Derecho cumplir tal papel? La capacidad del Derecho al respecto es muy controvertida. Los pesimistas juegan en esta controversia las cartas en principio más favorables, pero los optimistas deben perseguir una y otra vez el éxito de sus esfuerzos si se quiere que el Derecho contribuya a satisfacer la demanda de innovación de la sociedad sin por ello sacrificar el valor de la responsabilidad.

Aunque, sin desconocer la persistencia de su necesidad para la prevención de riesgos (establecimiento de límites para ciertas innovaciones: manipulaciones genéticas en el ser humano; empleo de la energía atómica; emisiones industriales), el Derecho imperativo sea en principio inadecuado, no puede descartarse su utilidad para estimular innovaciones (p. ej. la reducción de emisiones dañinas), pero teniendo en cuenta que es proclive a inducir acciones elusivas y que en ningún caso es idóneo para despertar en la mayor medida posible el potencial creativo de una sociedad.

Mayor sentido tiene, así, el Derecho que se sirve del propio interés del destinatario, libera la fantasía creativa y contiene a pesar de ello incentivos para mantenerse en el corredor de tolerancia que marca el bien común, es decir, el productor de un marco generador de incentivos para satisfacer igualmente, al perseguir el propio interés, el general. La libertad contractual, la propiedad privada y la competencia son instrumentos clásicos del Derecho Privado polarizado en torno al interés propio. Pero el movimiento actual de devolución de responsabilidad a la sociedad como reacción a la transformación social del Estado liberal de Derecho ha de evitar, a su vez, caer en el exceso, como alerta ya el hecho de que cuando se precisa la defensa frente a peligros o la compensación de perjuicios también los que ideológicamente consideran al Estado como un mal claman por su intervención. El Estado conserva intacta, en efecto, su responsabilidad política y jurídica por el interés común. Y justamente por ello está obligado a reconvertir su instrumentario de acción; reconversión en la que indefectiblemente viejo y nuevo Derecho se mezclan no siempre con la conveniente coordinación, ofreciéndose el Derecho en conjunto, al menos a muchos, como sobrerregulación y trabamiento, motivando en ellos reacciones de huida y hasta desobediencia.

De ahí el interés de la visión crítica de tal proceso –análisis de los factores de estorbo en el Derecho-, pero la necesidad de ir más allá: desarrollo de fenómenos emergentes que ayudan a perfilar el Derecho como medio idóneo de la innovación. Tal es el caso de la autorregulación enmarcada “regulativamente” por criterios-marco, disposiciones estructurales y reglas de juego o “autorregulación regulada” especialmente apta para la articulación de intereses contrapuestos, impedimento del abuso de poder y protección de bienes amenazados.

Un Derecho enfocado a la facilitación de la innovación y la limitación de sus riesgos se enfrenta empero a la expuesta paradoja de deber regular algo que no se conoce aún, desde luego en sus efectos, la generación de reglas en un contexto de no saber. El Derecho se torna él mismo, así, en experimento, pero uno que se desarrolla (en su caso solo limitadamente) en condiciones controlables. Aún no siendo algo dado y fijo, ni estable -incluso sin cambio en los textos-, por tratarse de un constructo social de sus aplicadores anclado en estilos de pensamiento, orientado por premisas culturales, sociales y económicas, inserto en contextos situativos, desarrollado en trayectorias y acompañado esporádicamente por controversias sostenidas por los titulares de distintos intereses, y, por tanto susceptible de notables cambios, debe cumplir, a pesar de tales dificultades, su indeclinable misión de asegurar la capacidad innovativa social. Lo que requiere un Derecho orientado por las condiciones de partida y desarrollo de la sociedad: un Derecho, pues, reactivo que -acertando a reflejar lo existente- sea capaz de aprender, incorporando a su programa nuevas comprensiones de la realidad; incorporación que precisa previsiones de nuevo cuño sobre autoevaluación, seguimiento y evaluación de riesgos, sistemas de gestión de éstos y estimulación del conocimiento por los participantes en la toma de decisiones (sistema de aseguramiento y responsabilidad), pero sobre todo y especialmente: sobre la posibilidad de corrección del rumbo en caso de necesidad y no sólo (como ahora) de protección de lo ya adquirido o poseído.

Aunque esta forma de operar coloque de nuevo ante el dilema del nuevo saber que abre la vista a nuevos campos del no saber, no hay alternativa: el conocimiento sobre la relatividad del saber y la infinitud del no saber no es excusa válida para no actuar. No la hay en el Estado de Derecho que, en cuanto obligado a actuar, tiene el

deber de utilizar el saber disponible. La conciencia de la relatividad del Derecho y su dependencia contextual y la consecuente necesidad permanente de la observación de los fenómenos sociales y la disposición al aprendizaje es en todo caso un antídoto frente al peligro de bloqueo de los procesos de adaptación y cambio y, también, de la previsión de riesgos.