

# LA PROTECCIÓN DE LA IGNORANCIA. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LOS RIESGOS DESCONOCIDOS

Por  
JOSÉ ESTEVE PARDO

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO. LA COMPLEJA Y DEBATIDA DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE LOS RIESGOS DESCONOCIDOS: 1. *De los peligros naturales a los riesgos tecnológicos. Del destino ineluctable a la decisión y responsabilidad humana.* 2. *Decisión y responsabilidad en la adopción de decisiones.* B) La matizada respuesta a la responsabilidad del fabricante por los riesgos desconocidos. Un debate europeo que permanece abierto. C) La segunda respuesta. La solución de la legislación administrativa.—II. EL ARTÍCULO 141.1 LPC Y LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS DESCONOCIDOS. VALORACIÓN DE UNA RESPUESTA Y DE LA CORRELACIÓN DE POSICIONES QUE ESTABLECE: 1. *Las diferentes perspectivas y vías de aproximación a este precepto.* 2. *La solución a un problema singular —la Administración sanitaria y, más concretamente, el caso de transfusiones con sangre contaminada— se erige en criterio unívoco y general.* 3. *Una distribución no equitativa de los costes del progreso y del conocimiento:* A) La ignorancia como eximente. Un precepto discrepante del mandato constitucional a los poderes públicos para promover «la ciencia y la investigación científica y técnica». B) Los costes del conocimiento —muy gravosos al alcanzarlo a través de un daño— recaen en exclusiva sobre las víctimas. C) Una regulación insensible al replanteamiento de la postura de la sociedad postindustrial sobre los riesgos de la técnica, que no se toleran ya como coste ineluctable del progreso. 4. *Se condicionan negativamente otras evoluciones legislativas en materia de responsabilidad por riesgos desconocidos.*—III. LAS EXPLICACIONES Y JUSTIFICACIONES DEL ARTÍCULO 141.1 LPC: 1. *Las justificaciones materiales:* A) El argumento moral para la justificación de la disparidad de régimen para Administración y particulares. B) Sobre la escasa aplicación futura de la eximente del artículo 141.1 LPC. C) Los planteamientos revisores del sistema de responsabilidad administrativa. El cruce de dos debates. 2. *Las explicaciones en favor de la adecuación de este precepto al régimen de la responsabilidad patrimonial acogido por la Constitución:* A) Fuerza mayor. Sobre el dominio del riesgo y su aceptación. B) Sobre la ausencia de antijuridicidad.—IV. LA CLÁUSULA DE REMISIÓN A LAS LEYES Y LAS PRESTACIONES QUE PUDIERAN ESTABLECER. LA HUIDA DEL ESTADO DE DERECHO —MARCO PROPIO DE LA RESPONSABILIDAD— HACIA EL ESTADO ASISTENCIAL: 1. *De la juridicidad a la política. Del Estado de Derecho al prestacional.* 2. *De la deseable previa regulación legal, sobre riesgos permitidos o no, a la regulación prestacional posterior al daño.*

## I. PLANTEAMIENTO. LA COMPLEJA Y DEBATIDA DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE LOS RIESGOS DESCONOCIDOS

### 1. *De los peligros naturales a los riesgos tecnológicos. Del destino ineluctable a la decisión y responsabilidad humana*

Las modernas sociedades han experimentado, en paralelo a su desarrollo tecnológico, un cambio ya muy perceptible en el origen de

los daños que puedan afectarlas. Históricamente, ese potencial dañoso, aflictivo, tenía un origen natural: las limitaciones y los peligros propios de la naturaleza. El progreso industrial y tecnológico ha conseguido superar o eliminar muchos de esos peligros naturales, pero con el coste de los riesgos que genera la propia tecnología empleada para alcanzar, con notables éxitos por lo demás, estos objetivos. Así es como hemos pasado de una sociedad expuesta mayoritariamente, exclusivamente en un principio, a los peligros y limitaciones naturales a otra que se caracteriza por su destacada y hasta preferente exposición a los riesgos de la tecnología que ella misma ha generado. Es la que se ha dado en llamar la sociedad de riesgo (1).

La trascendencia de esta evolución para el Derecho, particularmente para el régimen de la responsabilidad que aquí consideramos, es, ha de ser, extraordinaria (2). Implica, en primer término, una impresionante expansión del ámbito de decisión y disponibilidad humana. Lo que antes estaba fiado por entero a la naturaleza y sus procesos propios, hoy es el resultado del funcionamiento de unas tecnologías o de la industria. Valga como ejemplo el de la satisfacción de una necesidad tan ineludible y permanente como es la alimentación. Si antes dependía estrictamente de elementos y circunstancias naturales —fertilidad de los suelos, agua, plagas, meteorología, etc.—, hoy está enteramente en manos de una industria alimentaria. Si antes todo estaba al albur de unas fuerzas naturales no controlables y unos procesos sobre los que no se disponía, en la actualidad la industria alimentaria y su tecnología se debe, toda ella, como cualquier tecnología, a la decisión humana y está bajo su disposición.

Detrás de los peligros y limitaciones naturales sólo podía advertirse el destino ineluctable y ninguna intervención ni, consiguientemente, responsabilidad humana. Por el contrario, detrás de cualquier tecnología se encuentran siempre —otra cosa es que se sea bien consciente de ello— decisiones humanas de las que se ha de ser responsable. No es, ni mucho menos, que el progreso tecnológico —como implícita y difusamente se alega en ocasiones desde sus propias instancias— se vea criminalizado, ni bajo sospecha; es, sencillamente, que con él se ha dilatado de manera extraordinaria el segmento de la decisión humana y también, obviamente, el de su responsabilidad.

---

(1) Concepto acuñado por Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986. El accidente nuclear de Chernobyl, que se produjo ese mismo año, vino a confirmar dramáticamente buena parte de las teorías que se presentan en este libro sobre la naturaleza de los riesgos que acechan a las modernas sociedades.

(2) Sobre esas implicaciones que tiene para el Derecho la sociedad de riesgo me ocupo en mi libro *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, 1999, con atención también a las consecuencias que se advierten en el régimen de responsabilidad y en sus tradicionales postulados (págs. 179 y ss.).

Una cuestión particularmente aguda, y ya muy debatida, en el tratamiento jurídico de la responsabilidad es la que atañe a los riesgos desconocidos que genera el tejido tecnológico y los daños que entonces, por desconocer los riesgos, pudieran producirse. El progreso tecnológico se va situando a un ritmo trepidante en nuevos escenarios en los que no se conocen con certeza los posibles efectos de las nuevas tecnologías, precisamente porque son nuevas y no se dispone con frecuencia ni del conocimiento científico previo, ni de una experiencia dilatada y significativa de su aplicación, ni se saben con certeza la incidencia y efectos recíprocos que puedan producirse en su relación con otras tecnologías, productos, organismos o el medio ambiente en general. Basta con leer la hoja de prescripciones que acompaña a cualquier medicamento para abandonar la aspiración de las certezas absolutas: normalmente, no se afirma la imposibilidad de efectos nocivos —sobre todo en combinación con otros productos—, sino que, de manera más prudente y realista, se informa de que, por el momento, tales efectos no se conocen. La propia industria farmacéutica reconoce que adquiere un conocimiento ya muy significativo de sus productos cuando éstos son utilizados y consumidos por un número muy alto de individuos con patologías, historias clínicas y circunstancias muy variadas. Un número y una variedad muy superiores a los que se toman como referencia en los más prudentes y exhaustivos procesos de prueba y experimentación previa.

La incerteza que se cierne en torno a los efectos de procesos industriales, productos, instalaciones y demás intervenciones de la técnica en un mundo saturado de ella es un problema complejo y de gran relevancia para el Derecho que se plantea con especial agudeza en dos momentos: uno es el de la adopción de decisiones y otro el de la responsabilidad por daños causados en entornos de incerteza, considerando en cualquier caso que esos daños, si se deben a una tecnología, no pueden ya imputarse a un destino ineluctable como el que mueve las fuerzas de la naturaleza, sino que siempre podrá advertirse en su origen una o varias decisiones humanas.

## 2. *Decisión y responsabilidad en la incerteza.* *Las primeras respuestas del Derecho*

### A) *Precaución y responsabilidad en la adopción de decisiones.*

La más genérica reacción del Derecho ante la adopción de decisiones en un entorno de incerteza que pueden generar riesgos posiblemente sea la que se condensa en el llamado principio de precaución, reconocido en el Derecho Europeo y del que, obviamente, no

podemos ocuparnos aquí con un mínimo detalle. Como parte integrante del Derecho comunitario primario, el principio de precaución o de cautela está incorporado al Tratado de la Comunidad Europea —art. 174.2 (3)— desde que fuera modificado por el Tratado de Maastricht. Su penetración en los Derechos nacionales, a través de la legislación y la jurisprudencia (4), es una realidad constantemente afirmada. Pero la propia evanescencia del principio, sus dificultades de interpretación y, en definitiva, el recurso a una fórmula tan abierta (5) muestran bien a las claras las dificultades y limitaciones del sistema jurídico para desenvolverse con mecanismos jurídicos precisos en entornos dominados por la complejidad y la incerteza.

Por ello, la operatividad del principio de precaución depende en muy buena medida de la correlativa afirmación del principio de responsabilidad (6), y no sólo en el plano filosófico (7), sino también, y destacadamente, en el jurídico (8): las decisiones con márgenes de incerteza o de desconocimiento de los riesgos que generan serán, desde luego, más precavidas y prudentes si quien las adopta responde de las mismas, aunque no se conozcan con seguridad los riesgos y efectos negativos derivados de esas decisiones. Ésa es, justamente, la

---

(3) «*La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente (...) se basará en los principios de cautela y de acción preventiva*». Originariamente concebido para presidir la política ambiental, la extensión de este principio a otras áreas de actuación comunitaria, como las que afectan a la salud humana o la alimentación, ha sido muy rápida, impulsada sin duda por los graves problemas que se han planteado, como el de las vacas locas; vid. al respecto L. GONZÁLEZ VAQUE, L. EHRLING y C. JACQUET, *Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé*, «Revue du Marché Unique Européen», 1999, 1, págs. 79 y ss.

(4) Habiéndose ofrecido ya resoluciones muy relevantes; así, la Sentencia de 21 de marzo de 2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resolviendo una cuestión prejudicial a instancia del Consejo de Estado francés. Un comentario de esta Sentencia por R. BERMEJO GARCÍA y L. SAN MARTÍN, *El comercio de productos transgénicos en la Comunidad Europea*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 8, julio-diciembre 2000, págs. 519 y ss.

(5) Con el objeto de ofrecer una interpretación auténtica u oficial de este principio se aprobó la «Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución», de 2 de febrero de 2000, que resulta muy clarificadora en algunos aspectos.

(6) Como con toda lógica se hace, por ejemplo, en el libro de Nicolas DE SADELER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention, de précaution*, Bruselas, París, 1999, págs. 447 y ss.

(7) En el debate filosófico, particularmente en el que atañe a la ética, está desde luego muy presente, con muchas variantes ciertamente sobre su formulación, el principio de precaución o de cautela. No puede desconocerse, por ejemplo, la influencia, también y destacadamente en el debate jurídico en Alemania, donde el principio de precaución formula en un principio, de la obra de Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung (Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation)*, Frankfurt am Main, 1979; hay traducción al castellano: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, 1995.

(8) Como certeramente advierte Alejandro NIETO, «a medida que la sociedad se va complicando tecnológicamente, se convierte de forma progresiva en una sociedad de riesgo», para significar seguidamente que «la sede natural del riesgo es la responsabilidad». *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, 1994, pág. 38.

hipótesis común y característica del principio de precaución y por lo que a él se apela: el desconocimiento, los riesgos desconocidos (9).

- B) *La matizada respuesta a la responsabilidad del fabricante por los riesgos desconocidos.*  
*Un debate europeo que permanece abierto.*

La responsabilidad frente a este tipo de riesgos ha suscitado en Europa un vivo debate, como lo demuestra el largo, complejo y controvertido proceso de elaboración de la «Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos». Que el debate no estaba cerrado quedaba bien a las claras en la falta de una respuesta general y vinculante por parte de la Directiva al problema de los riesgos desconocidos por el fabricante —los llamados riesgos del progreso en ese contexto productivo y comercial— y establece como propuesta o punto de partida una excepción a la responsabilidad del fabricante, dejando libertad a los Estados miembros para que limiten o simplemente excluyan esta excepción.

Es así como la Ley española 22/1994, de 6 de junio, a través de la cual se adapta la Directiva 85/374, recoge como enunciado general en su artículo 6.1.e) la exoneración de la responsabilidad del fabricante por los llamados riesgos de desarrollo (10), pero estableciendo a renglón seguido que *«en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo»*. De este modo, en los dos sectores unánimemente considerados en este punto como más sensibles y propicios a la generación de riesgos, el sector de los medicamentos y el de la alimentación (11), se afirma entre nosotros

---

(9) Tal como se establece en la «Comunicación de la Comisión Europea sobre el principio de precaución», de 2 de febrero de 2000: «El recurso al principio de precaución sólo se produce en la hipótesis de riesgo potencial, aunque este riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda cuantificarse su amplitud o no puedan determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos». El desconocimiento, la incerteza, es pues el entorno natural en el que este principio tiene sentido, el mismo entorno en el que han de operar las previsiones del artículo 141.1 de la LPC en materia de responsabilidad.

(10) Concretamente, el artículo 6 de esta Ley lleva por título «Causas de exoneración de la responsabilidad» y su apartado 1, letra e), establece la siguiente: «Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto».

(11) «Los daños debidos a un riesgo de desarrollo parecen más probables en los siguientes sectores: medicamentos, sustancias químicas, organismos genéticamente modificados y productos alimenticios». Esto es lo que se destaca en el *Informe de la Comisión de 31.1.2001 sobre la aplicación de la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos*.

la responsabilidad del fabricante aun cuando, según el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto, no pudiera apreciarse la existencia de un riesgo.

La controversia que envuelve esta cuestión y, sobre todo, la complejidad de supuestos y diversidad de soluciones en los Estados europeos quedan de manifiesto en el Informe de la Comisión de 31.I.2001 sobre la aplicación de la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos. Un Informe que reabre la cuestión y el debate, que sin duda tendrá un destacado protagonismo en el futuro, sobre la responsabilidad por daños debidos a decisiones adoptadas cuando, según el estado de la ciencia y de la técnica, se desconocía el riesgo que se generaba.

C) *La segunda respuesta. La solución de la legislación administrativa.*

La segunda respuesta de nuestro Derecho positivo a la cuestión de la responsabilidad por riesgos desconocidos es la que ofrece la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPC); respuesta que se produce mediante la reforma operada por la Ley 4/1999, que dejó el artículo 141.1 con la siguiente redacción:

*«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».*

## II. EL ARTÍCULO 141.1 LPC Y LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS DESCONOCIDOS. VALORACIÓN DE UNA RESPUESTA Y DE LA CORRELACIÓN DE POSICIONES QUE ESTABLECE

### 1. *Las diferentes perspectivas y vías de aproximación a este precepto*

Estamos ante un artículo ya muy conocido, entre otras razones por el debate que ha suscitado. Un debate —conviene destacar mucho esta circunstancia— al que se ha llegado desde posiciones y consideraciones muy diversas y, desde luego, esa diferente vía de aproximación y entrada condiciona decisivamente la valoración que en cada caso se realiza de esta respuesta legislativa.

Es así como este artículo 141.1 parece haberse situado en una encrucijada de caminos a donde se llega desde diversas posiciones de partida, llevando en cada caso —esto es determinante— diferentes perspectivas y criterios de valoración. A él se ha llegado —por citar algunas de esas procedencias— desde el estudio de los riesgos en la responsabilidad por producto (12), desde la afirmación constitucional del sistema de responsabilidad objetiva (13), desde las singularidades y problemas que se suscitan en la Administración sanitaria (14), desde la perspectiva general del sistema de la responsabilidad de la Administración (15), desde los replanteamientos que proponen una revisión reductora de este sistema (16) o desde el análisis económico del Derecho (17).

La aproximación que aquí se realiza lo es, como ha podido deducirse del planteamiento inicial, en la búsqueda de respuestas al problema general de la responsabilidad ante los riesgos desconocidos. Se valorará primeramente el sentido y efectos que para esa cuestión tiene el régimen que la LPC diseña, haciendo cierta abstracción de las singularidades propias de la Administración, para reparar des-

---

(12) Pablo SALVADOR y Josep FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid, 1999.

(13) Jesús JORDANO FRAGA, *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas*, núm. 149 de esta REVISTA, mayo-agosto 1999, págs. 321 y ss.

(14) Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, 2000.

(15) Francisco LÓPEZ MENUDO, *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema*, «Revista Andaluza de Administración Pública»,

(16) Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 2002.

(17) Eva DESDENTADO DAROCA, *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 108, octubre-diciembre 2000, págs. 533 y ss.

pués en el encaje de la solución de este precepto en el sistema de la responsabilidad administrativa acogido en nuestro Derecho y condensado en la Constitución.

2. *La solución a un problema singular —la Administración sanitaria y, más concretamente, el caso de transfusiones de sangre contaminada— se erige en criterio unívoco y general. La ocasión perdida para distinguir entre riesgos en base al dato de su aceptación*

Lo primero que llama la atención de este precepto es su enunciado unívoco y categórico, que contrasta con las soluciones matizadas, que tienden a fijar tratamientos diferenciados en sectores diversos a su vez, que ofrecen otras respuestas legislativas, como hemos podido comprobar con relación a la responsabilidad por producto. En la LPC encontramos así un régimen unitario que abarca todos los sectores y supuestos posibles.

Sorprende más esa respuesta general al reparar en que, tal como se reconoce de manera unánime, fue motivada, o vino decisivamente determinada, por un caso singular: el de los daños producidos por transfusiones con sangre contaminada con el VIH cuando se desconocían sus características, vías de transmisión y hasta su existencia misma (18). Se ha repetido así la historia de muchas determinaciones legales: la solución para un caso singular ha influido decisivamente en lo que es el régimen legislativo, general, abstracto, proyectado además aquí en el supuesto de lo que nos es ahora desconocido y que nos pueda llegar en el futuro. Una respuesta legislativa que podría perfectamente —parece lo más oportuno a la vista también de otras regulaciones (19)— haberse modulado en atención a las singularidades de ciertos sectores de la actividad administrativa. El de la Administración sanitaria se antoja como uno de los que merecería ese tratamiento diferenciado en punto a los riesgos (20).

---

(18) Así lo advierten, con fundada seguridad, L. MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, núm. 150 de esta REVISTA, 1999, pág. 343, o F. LÓPEZ MENUDO, quien dedica un apartado con el rótulo «El supuesto de hecho característico: la contaminación por transfusión sanguínea» en su ilustrativo estudio *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del Sistema*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 36, 1999, pág. 18.

(19) La de la responsabilidad por producto defectuoso es bien significativa al respecto.

(20) Así lo entiende el propio F. LÓPEZ MENUDO cuando repara «en si sería conveniente diversificar el régimen de responsabilidad distinguiendo, al menos grandes sectores de actividad (así, por ejemplo, el de los daños hospitalarios) contemplando para cada uno sus propias peculiaridades. A nuestro juicio, el artículo 106 de la Constitución no representa un obstáculo a tal posibilidad». *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso...*, cit., pág. 15.

Y tampoco habría sido necesaria una distinción por sectores: si de lo que se trata es de encarar el problema de los riesgos desconocidos, un dato relevante para su tratamiento jurídico es sin duda el de si han sido previamente aceptados (21). Aquí podría establecerse una distinción con efectos relevantes en el régimen de responsabilidad. Y a un lado de esa distinción quedaría en muy buena medida el sector de la sanidad, ya que en él, ordinariamente, los riesgos son aceptados —de manera más o menos explícita, ciertamente— pues son los propios de intervenciones y tratamientos con los que se pretende combatir un riesgo o peligro mayor, como es el propio de una enfermedad o infección.

### 3. *Una distribución no equitativa de los costes del progreso y del conocimiento*

En el centro de atención del régimen que el artículo 141.1 establece se ha de considerar su efecto en la correlación entre conocimiento y riesgo. Decantándola a favor del riesgo y en contra del conocimiento.

#### A) *La ignorancia como eximente. Un precepto discrepante del mandato constitucional a los poderes públicos para promover «la ciencia y la investigación científica y técnica».*

El desconocimiento de los riesgos, de los posibles efectos dañosos de una actividad, exime de responsabilidad en el caso de que se produzcan daños. Éste es el régimen que instaura el artículo 141.1 LPC, que, por ello mismo, no presiona en absoluto, antes al contrario, para que se avance en el conocimiento previo de los riesgos que una actividad puede generar. Poco interés tendrán, en efecto, quienes desarrollan una actividad con un posible margen de riesgo en conocer potenciales efectos dañosos si el desconocimiento de los mismos les exime de responsabilidad. Poco interés tendrán en promover una investigación que puede ser muy costosa sobre los riesgos de nuevas tecnologías y productos si esa investigación, y los conocimientos que

---

(21) De hecho, hay autores que al referirse a este artículo reparan en el dato de la aceptación; así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ cuando se refieren a los daños «que se producen y deben por ello ser soportados por quienes aceptan voluntariamente los riesgos inherentes a la intervención de la que resultan». *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 2000, pág. 378. Pero lo cierto es que este artículo 141 LPC ni se refiere expresamente a riesgos y ni tan sólo insinúa el criterio de la aceptación para establecer una modulación de régimen. Su solución es unívoca y universal.

se adquirieran, pueden volverse en su contra al desactivarse así una excepción tan paradójica en nuestra sociedad —que también se ha dado en llamar, por otros motivos, la sociedad del conocimiento— como es la de la ignorancia.

La solución del artículo 141.1 de la LPC no parece responder al mandato —apunta más bien en la dirección contraria— del artículo 44.2 de la Constitución, en virtud del cual «*los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*». Tampoco guarda sintonía con el principio de precaución, como habrá ocasión de destacar más adelante.

En contra de esta opción preferente por el conocimiento puede alegarse que el progreso y la innovación tecnológica se verían frenados si se cargara a los promotores con los costes de la responsabilidad por riesgos desconocidos o riesgos del progreso. Sin adentrarnos ahora en una valoración estrictamente constitucional, en la que no puede contarse, por lo demás, con afirmación alguna en la Constitución en favor de la innovación tecnológica como valor en sí mismo, debe significarse ahora que ese balance entre conocimiento e innovación no puede resolverse con carácter absoluto. Su resultado varía a lo largo del tiempo, en función, como hemos visto, de la correlación entre peligros naturales y riesgos tecnológicos. Y aun así no tiene un planteamiento unívoco en cada momento: puede darse mayor cobertura a ciertas innovaciones y riesgos que se justifican en la eliminación o reducción de un riesgo de mayor gravedad o alcance. De hecho, en la sociedad de riesgo en la que vivimos, enfrentados cotidianamente a riesgos derivados de la técnica y el desarrollo industrial, una parte significativa del desarrollo tecnológico se orienta a la reducción de riesgos creados por anteriores tecnologías o procesos industriales. Por ello, la asignación de responsabilidades sobre riesgos podría muy bien modularse en base al grado de justificación del riesgo, lo que conduce a una valoración y ponderación de riesgos con arreglo a unos criterios que podían quedar prefigurados por el legislador. No lo ha hecho así al formular el artículo 141.1 de la LPC sin delimitar espacios en función de las características de los riesgos que en ellos puedan generarse, ni criterios sobre la valoración y aceptación en su caso de ciertos riesgos justificados en la razonable pretensión de reducir o eliminar otros de mayor gravedad.

En cualquier caso, esa valoración y ponderación de riesgos requiere conocimiento, experimentación, investigación. Cualquier decisión que implique riesgos requiere o aspira a ese conocimiento previo, máxime si se trata de una decisión adoptada por las instancias públicas. Lo que no resulta admisible ya es primar cualquier innovación tecnológica en su conjunto, con independencia de la justifica-

ción de sus avances y riesgos, concediendo una inmunidad general en lo relativo a los riesgos desconocidos que pudiera generar.

B) *Los costes del conocimiento —muy gravosos al alcanzarlo a través de un daño— recaen en exclusiva sobre las víctimas.*

La solución adoptada por el artículo 141.1 permite que el conocimiento de los riesgos se alcance mediante los daños que sufren las víctimas, en su persona o su patrimonio, sin coste alguno para el causante del daño (22).

El conocimiento se alcanza entonces a costa de las víctimas, que, al sufrir el daño sin indemnización alguna, cargan así en exclusiva con el coste del conocimiento. Dos sujetos, o grupos, se benefician de ese conocimiento sin coste alguno para ellos.

Por un lado, el conjunto de la sociedad —los consumidores, usuarios, pacientes, etc.—, que conoce los efectos dañosos de un producto, una tecnología o una actividad que a partir de entonces se evitará. En cualquier caso, si no fuera así y se produjeran daños, éstos serían plenamente indemnizables al no poder alegarse la eximente de la ignorancia. El interés general en el conocimiento científico que explícitamente reconoce el artículo 44.2 de la Constitución se alcanza a costa del daño que las víctimas sufren sin ninguna contrapartida ni reparto de los costes. Se trata, por supuesto, de una solución que atenta frontalmente contra la idea de solidaridad, en la que, por lo demás, se ha buscado en algunos casos el fundamento de la responsabilidad administrativa, aunque sobre esto se incidirá más adelante.

El otro sujeto que se beneficia, particularmente, del conocimiento que se adquiere con los daños es el causante. El conocimiento previo —mediante investigación, experimentación, ensayos— de los posibles efectos nocivos de sus productos o actuaciones podría suponerle costes muy elevados; en cambio, aquí puede conocer sin coste alguno los daños producidos y establecer a su conveniencia las correcciones oportunas.

Esta imposición a las víctimas del deber de soportar, en exclusiva, los daños contemplados por este artículo no sólo supone esta desigual y gravosa distribución de costes del conocimiento. Supone también el convertir sus organismos, sus derechos, su patrimonio, y convertir igualmente el medio ambiente, en el que también pueden registrarse daños, en materia de ensayo y experimentación de nuevos

---

(22) Sobre el efecto distribuidor en los costes que cualquier régimen de responsabilidad inexorablemente tiene, vid. J. BISBAL, *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, «Revista de Derecho Mercantil», 1983, págs. 75 y ss.

productos y tecnologías: si sufren daños se adoptarán las pertinentes medidas correctoras sin coste alguno para los causantes. Esta visión puede resultar exagerada, alarmista, irreal y reduccionista (23). Son las tradicionales valoraciones, siempre tranquilizadoras y en evitación de la alarma social, que se emiten desde los centros y organizaciones que desarrollan las actividades con potencial de riesgo, y que cuentan con sus coartadas históricas: las de las alarmas, que luego resultaron ingenuas por infundadas, ante el progreso de la técnica; una muy recurrente es la de los graves trastornos para la salud que se vaticinaban por la utilización del ferrocarril y las vertiginosas velocidades que con este medio se alcanzaban (24). Estos mensajes se emiten también en la actualidad a través de calculadas campañas en la formación de la opinión pública, de instrumentos capaces de influir decisivamente sobre los consumidores y usuarios, tratando de vencer cualquier reserva sobre los riesgos que una tecnología o producto pueda suscitar, restando todo fundamento a las preocupaciones que sobre riesgos puedan difundirse en la sociedad.

- C) *Una regulación insensible al replanteamiento de la postura de la sociedad postindustrial sobre los riesgos de la técnica, que no se toleran ya como coste ineluctable del progreso.*

No es función de un precepto legal la de mediar en el constante debate —con componentes que van de lo estrictamente científico a lo meramente mediático— entre alarmas y reservas frente a los riesgos, por un lado, y mensajes tranquilizadores, por otro. Pero sí puede reflejar la evolución de la sensibilidad y aceptabilidad social ante los riesgos de la técnica y reorientar el destino de estos mensajes, cambiando sus destinatarios.

Esa evolución ha experimentado una inflexión muy marcada en los últimos tiempos. Antaño, la sociedad estaba dispuesta a cargar con los riesgos de la técnica y la industrialización que la libraban de peligros y limitaciones naturales acuciantes. En la actualidad, en una sociedad saturada por una técnica que se ha impuesto totalmente sobre la naturaleza, los riesgos que ese tejido tecnológico genera

---

(23) Pero es así como reconocidamente se opera. Con relación, por ejemplo, a los riesgos para la salud derivados de los campos electromagnéticos, la ciencia se reserva su definitivo dictamen hasta que no transcurran unos veinte años. Se podrán apreciar entonces los efectos de estas tecnologías no en cobayas, sino en organismos humanos. La industria farmacéutica reconoce también sin ambages que tiene un conocimiento seguro de los efectos de un medicamento cuando ha sido ingerido por un número muy alto de personas.

(24) Sobre estos debates recurrentes y los intereses a los que con frecuencia responden, mi libro *Técnica, riesgo y Derecho*, cit., págs. 209 y ss.

no son tan generalmente admitidos, el progreso técnico muestra bien a las claras su lado oscuro —el deterioro ambiental lo evidencia— y su potencial de riesgo. Se ha roto hace tiempo el consenso social sobre el progreso y, en lo tocante a la responsabilidad, ya no puede encontrarse cobertura en la técnica y las justificaciones que en ella pudieran fundarse. Propongo al lector que compruebe empíricamente la anterior apreciación cuando se produzca el próximo accidente o situación de alarma a causa de algún producto, actividad o instalación en la que existe, como resulta ordinario en la actualidad, un componente técnico relevante; préstese atención a la explicación que ofrezcan los responsables: lo más probable es que esa explicación sea la del fallo humano, aunque resulte aparentemente más gravosa para el causante, y no se ofrezca la explicación del fallo técnico, que antaño lo justificaba todo, pero que ahora, cuando lo preocupante son, precisamente, los riesgos de la técnica, no se admite ya como explicación (25).

Los riesgos de la técnica no se asumen ya como un coste ineluctable del progreso que habrían de soportar las posibles víctimas. Tampoco el mensaje tranquilizador puede tener la dirección de antaño, desde quienes generan los riesgos hacia quienes los soportan. Es precisamente esa reiterada prédica sobre la inocuidad —en contra de exagerados alarmismos— la que debería enunciarse en forma reflexiva y volverse, en un elemental ejercicio de coherencia, sobre los potenciales productores de daños —que son ordinariamente los que la difunden—, asumiendo la posición consecuente a efectos de responsabilidad, cargando con los riesgos desconocidos de sus productos y tecnologías. Son ellos los que habrían de escuchar el reconfortante discurso de que carecen de fundamento sus temores y alarmas al asignarles la ley esa responsabilidad, de que sus seguras tecnologías o productos no plantean riesgo alguno para su patrimonio o el de sus aseguradoras y que, de haberlos, los daños que pudieran producirse y que habrían de indemnizar serían muy escasos e irrelevantes. En cualquier caso, si tanto es el temor y la inseguridad frente a posi-

---

(25) La alegación del fallo humano supone un reconocimiento de responsabilidad, especialmente destacado por el trasfondo de los tradicionales planteamientos subjetivistas, moralistas en el fondo, de la responsabilidad civil. Pero afrontar esta responsabilidad puede resultar menos gravoso, en la actual correlación entre técnica y sociedad, que la alegación del fallo técnico. Una compañía aérea, por poner un ejemplo, puede preferir alegar un fallo humano —que como tal es fácilmente enmendable en el futuro— y afrontar una cuantiosa indemnización a la excusa del fallo técnico, reconociendo así que sus aviones no son seguros. El coste económico de la segunda opción es mucho más alto. Hace ochenta años, quien tomaba un avión sabía que acometía una aventura y que el artefacto podía fallar. En los momentos actuales, cuando utilizar este medio de transporte se ha hecho habitual, no se participa en modo alguno en una aventura al subir a un avión al que se le requiere una seguridad técnica absoluta. La alegación del fallo técnico se aceptaba entonces, hoy no.

bles responsabilidades por riesgos desconocidos, podrán ellos extremar sus cautelas mediante pruebas e investigaciones más rigurosas —de las que pueden surgir además soluciones técnicas alternativas de menor riesgo— y, si aún persisten las dudas, siempre podrán optar por no lanzar el producto o no implantar la tecnología cuestionada. Éstas son opciones que siempre están al alcance de quienes generan el riesgo —nunca al alcance de las potenciales víctimas—, pero no es menos cierto que se trata de opciones —la investigación rigurosa, las tecnologías alternativas o, simplemente, la contención— que difícilmente serán desarrolladas y apuradas si los posibles daños se imponen en exclusiva a las víctimas, sin coste alguno para quien genera los riesgos productores.

#### 4. *Se condicionan negativamente otras evoluciones legislativas en materia de responsabilidad por riesgos desconocidos*

Puede advertirse, con razón, que las consideraciones anteriores son excesivamente amplias y rebasan la órbita en la que está llamado a operar el artículo 141.1 de la LPC. Vuelvo a precisar que la motivación de estas líneas está en la cuestión de los riesgos desconocidos —no tanto en la regulación de la responsabilidad de la Administración— y en la respuesta o respuestas que se dan a esta cuestión en el Derecho positivo. Y, sin duda, el artículo 141.1 LPC ofrece una respuesta. Una respuesta que, querámoslo o no, tiene unas repercusiones que rebasan las supuestas fronteras del espacio administrativo.

Al tratarse de una cuestión viva —con futuro por delante— y abierta, el hecho de que desde una Ley tan relevante como la LPC se le haya dado una respuesta tan cerrada y categórica influye y condiciona decisivamente su tratamiento y resolución en otros ámbitos en los que se plantea la responsabilidad por riesgos desconocidos o riesgos de desarrollo. Contamos ya con significativos indicios del impacto del artículo 141.1 LPC allende el territorio administrativo.

Un indicio bien elocuente es la inmediata atención que este precepto ha suscitado más allá de la doctrina estrictamente interesada en la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (26). Es evidente que un pronunciamiento tan genérico y cate-

---

(26) Así, la doctrina iusprivatista prestó inmediata atención a este precepto, con una valoración muy negativa del mismo; vid. Pablo SALVADOR y Josep SOLÉ, *Brujos y aprendices*, cit., sobre todo en el Prólogo, del propio Pablo SALVADOR; también merece una valoración negativa a MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Madrid, 2001, págs. 264 y ss.

górico como el que se contiene en el artículo 141.1 de la LPC sobre una cuestión tan palpitante y compleja como la de los riesgos del desarrollo condiciona de manera decisiva la evolución que pueda registrarse en su tratamiento jurídico. Y la condiciona desfavorablemente al ofrecer una respuesta negativa, sin matización alguna, que impide o hace muy difícil una evolución paralela al crecimiento del tejido tecnológico, que, por ser el resultado de decisiones humanas y no de inescrutables procesos naturales, reclama inequívocamente responsabilidades por los daños que pueda generar.

Una muestra de este bloqueo, otro indicio, se advierte en los incipientes desarrollos legislativos que se enderezan a la fijación de unos criterios o soluciones a la cuestión de la responsabilidad por riesgos desconocidos en otros frentes y actuaciones en los que no hay una intervención de la Administración. Es el caso de la responsabilidad civil por daños ambientales. Muy elocuente resulta el «Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental». La respuesta que da a la cuestión de los riesgos del desarrollo no es ya que esté inspirada en lo dispuesto en el artículo 141.1 de la LPC, es que reproduce su tenor literal, pura y simplemente: *«No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos: Cuando el daño o deterioro del medio ambiente se derive de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica existentes en aquel momento»* [art. 4.2, letra a)] (27).

Estos desarrollos doctrinales y legislativos se ven ya sensiblemente condicionados, cuando no claramente lastrados, por la contundente respuesta del artículo 141.1 de la LPC. Después de ella, ¿cómo puede plantearse la exigencia de responsabilidad a particulares por riesgos de desarrollo si la Administración queda del todo eximida frente a los mismos?

No sólo queda seriamente obstaculizada la evolución que sería deseable se produjera con relación a la responsabilidad en materia de riesgos de desarrollo, es que la regulación ya vigente queda en evidente y abierta contradicción al aprobarse la reforma de la LPC e introducirse el texto que luce en el artículo 141.1.

En el «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos» se destaca que «los daños debidos a un riesgo de desarrollo parecen más probables en los siguientes sectores: medicamentos, sustancias químicas, organismos genéticamente modificados y productos ali-

---

(27) Anteproyecto presentado en el III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Barcelona, 2000.

menticios». Pues bien, sabemos ya cómo en sectores tan relevantes como «medicamentos, alimentos o productos alimentarios» el legislador español hace responsables a los fabricantes frente a los riesgos del progreso (28). En abierta oposición a ese régimen, las Administraciones Públicas están categóricamente eximidas de responsabilidad frente a este tipo de riesgos en estos sectores y en cualquier otro en que pudiera plantearse.

### III. LAS EXPLICACIONES Y JUSTIFICACIONES DEL ARTÍCULO 141.1 LPC

El régimen de responsabilidad que instaura el artículo 141.1 tiene, por supuesto, sus valedores, que alegan en su favor justificaciones diversas. El análisis de las mismas nos ayudará sin duda a matizar y ajustar la crítica que se ha vertido, y a situar el precepto en la dimensión administrativa que sin duda le corresponde.

Las justificaciones y explicaciones del artículo 141.1 tienen fundamentalmente dos orientaciones. Unas tratan de justificar la solución dada al problema específico de los riesgos del desarrollo. Las otras pretenden explicar el encaje de este artículo en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que se establece en la Constitución; tratan de salvar, en definitiva, la más que cuestionable constitucionalidad del artículo 141.1 de la LPC.

#### 1. *Las justificaciones materiales*

##### A) *El argumento moral para la justificación de la disparidad de régimen para Administración y particulares.*

El argumento que se invoca para justificar la exención absoluta de responsabilidades administrativas frente a la que ya explícitamente se atribuye a particulares en sectores muy relevantes —medicamentos, alimentación— es de orden moral: el sector privado se mueve por el ánimo de lucro, mientras la Administración está movida por el afán de servicio. Argumento genuinamente maniqueo, con sus fuerzas del bien y del mal, que nos pondría en contacto con una discusión filosófica, y hasta teológica, que no parece tener mucho sentido en el tema que nos ocupa. Basta significar el destacado afán, si no de lucro, sí recaudatorio, que puede animar a las Administraciones a

---

(28) Artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

participar en actividades de riesgo. Con relación, por ejemplo, al controvertido tema de las estaciones de telefonía hay un componente fiscal —tasas, cánones por licencia de instalación— que no se puede desconocer. La fiscalidad del riesgo —que puede ser más gravosa y exigente cuanto mayor sea la reticencia social frente a ciertas actividades e instalaciones— es una cuestión en absoluto baladí.

En cualquier caso, y esto es lo determinante, no estamos hablando de valoración moral y culpabilidad, sino de responsabilidad y reparación. Poco importa a quienes sufren daños en sus personas o bienes, y menos al medio natural si se ve afectado, si en el origen del daño está la actividad de un desalmado empresario o de una benemérita Administración (29). Y es desde luego aquí, en la lesión, en el daño que no se está jurídicamente obligado a soportar, donde fija primera y decisivamente su atención el régimen de responsabilidad de la Administración. No tiene ahí relevancia alguna la valoración moral del móvil de las actuaciones que producen daños sin causa de justificación en el ordenamiento.

#### B) *Sobre la escasa aplicación futura de la eximente del artículo 141.1 LPC.*

Existe una línea interpretativa que, ante el notorio exceso que este precepto supone, pretende desdramatizar su contenido, redimensionando a la baja su posible alcance. Su aplicación, viene a decirse, será muy limitada. Pocos casos se darían en los que la excepción indemnizatoria prevista en él resultara aplicable (30).

---

(29) Según F. LÓPEZ MENUDO, «hay que insistir en que esa puesta en riesgo, consustancial a todo lo nuevo, que conlleva la dación y gestión de los bienes del desarrollo, puede la Administración adoptarla con toda resolución, precisamente por la legitimidad que le confiere el hecho de servir a los intereses generales, sin aprovechamiento ni lucro... porque cuando ésta aplica la ciencia o la tecnología, con sus riesgos siempre subyacentes, lo hace en puro beneficio de los ciudadanos». *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso...*, cit., pág. 16. Justamente la responsabilidad de la Administración opera en esta línea: cuando, actuando pretendidamente en beneficio de los ciudadanos, produce determinados daños en algunos de ellos, a los que se indemniza por soportar ellos singularmente, sin obligación jurídica alguna que lo justifique, los daños de una actividad, en principio como todas las de la Administración, guiada por el interés general. Esa argumentación que cruza y enerva nuestro sistema de responsabilidad civil de la Administración se refuerza en el supuesto contemplado en el artículo 141.1 LPC: aquí las víctimas, al sufrir un daño, son las que dan a conocer unos riesgos hasta entonces desconocidos y ello no sólo favorece el conocimiento científico —que es en beneficio del interés general, según reconoce inequívocamente el artículo 44.2 de la Constitución—, sino al conjunto de los ciudadanos, que conocen a partir de entonces unos riesgos que no conviene asumir o que pueden ser eventualmente dominados con medidas preventivas.

(30) En este sentido, O. MIR PUIGPELAT, cuando afirma que «el parámetro al que remite el precepto, el estado de la ciencia o la técnica en el momento de la producción del daño es, ciertamente, muy amplio, y permitirá excluir la responsabilidad administrativa en

Se trata de una previsión que no tiene sentido si se repara en los presupuestos del artículo 141.1 LPC. No cabe hacer previsión alguna sobre lo que, por hipótesis, es imprevisible. Estamos ante un precepto que inequívocamente se proyecta hacia lo desconocido y lo imprevisible. Desconocemos los supuestos en que podría resultar aplicable, así como su entidad y alcance.

Lo que en todo caso podría aventurarse —y ésa parece que es la más acertada orientación de esas interpretaciones— es una previsión del juego que pueden dar los requisitos que el propio artículo 141.1 LPC establece para que resulte aplicable la excepción que contempla. Y la exigencia que parece más difícil de salvar es la que atañe a la prueba de que los efectos dañosos eran del todo improbables o inevitables según el estado de los conocimientos científicos. La dificultad radica en que, precisamente por la mayor prevención que muestra la sociedad ante los riesgos de la técnica, lo que ya casi resulta ordinario es que ante cada nueva tecnología se manifiesten reservas, también desde foros científicos, sobre su inocuidad. Resulta al respecto sumamente ilustrativo el Informe de la Comisión Europea de 31 enero de 2001 sobre la aplicación de la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: constata que, en los casos en que se planteó, los fabricantes tuvieron muchas dificultades para demostrar que los efectos dañosos de sus productos eran imprevisibles o desconocidos según el estado de la ciencia en aquel momento.

El artículo 141.1 vuelve a presentar aquí otro flanco débil puesto que no impone a la Administración causante del daño la carga de la prueba de que éste era imprevisible o inevitable según los conocimientos de la ciencia. Una omisión que podría operar, de manera más gravosa aún, contra las víctimas si se vieran en la tesitura de solventar este peliagudo trámite probatorio.

Por fortuna, la primera jurisprudencia que ha tomado contacto con este precepto ha cargado inequívocamente a la Administración con esta exigencia probatoria al afirmar que *«no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso —y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba— tendría que hacer la Administración»* (STS 31.V.1999, FJ 5, Ponente: González Navarro, Ar. 6154) (31).

---

muy pocos supuestos». *La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LPJPAC*, «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 1999, pág. 66. Un vaticinio que comparte F. LÓPEZ MENUDO, *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso...*, cit., pág. 13.

(31) Sentencia comentada por PÉREZ GÁLVEZ en *Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 104, octubre-diciembre 1999, págs. 657 y ss.

C) *Los planteamientos revisores del sistema de responsabilidad administrativa. El cruce de dos debates.*

Se ha producido el cruce de dos debates que, aunque habrían de ser independientes, no han dejado de influirse, ejerciendo desde luego una mayor influencia el que cuenta con una masa crítica más densa.

Ese debate de largo radio es el que afecta al sistema de responsabilidad administrativa en su conjunto. Un debate cuya línea conductora parece orientarse hacia una revisión racionalizadora que reduzca algunos excesos indemnizatorios que se han advertido. No procede, desde luego, reparar aquí en esa orientación bastante extendida, con diferentes variantes en su formulación, y mucho menos valorarla (32). Pero no puede desconocerse su impronta —en no pocas ocasiones con el enunciado de que la Administración no puede asegurarlo todo— en una actitud más restrictiva y rigurosa que ha podido influir en ciertos desarrollos legislativos recientes.

Ese reflujó o marea baja, tras los embelesamientos y entusiasmos que despertó el régimen de responsabilidad administrativa, sobre todo con su constitucionalización, tal vez se ha dajado sentir en la solución que el artículo 141.1 ofrece a la cuestión de los riesgos desconocidos, cuestión que tiene sustantividad propia y, además, está en alza, en marea alta, en el orden de preocupaciones sociales y de atención por el Derecho. Es así como, de manera maquinao o por su propia inercia, estos planteamientos restrictivos que afectan al sistema mismo de responsabilidad administrativa vigente entre nosotros han podido alimentar el orden de justificaciones aducido a favor de la muy restrictiva, cerradamente negativa, respuesta del artículo 141.1 a la cuestión de los riesgos desconocidos.

2. *Las explicaciones en favor de la adecuación de este precepto al régimen de la responsabilidad patrimonial acogido por la Constitución*

Las explicaciones que se ofrecen para mostrar la sintonía del artículo 141.1 de la LPC con el régimen característico, constitucionalizado, de la responsabilidad patrimonial de la Administración

---

(32) Un replanteamiento reciente, y sugerente, es el que desarrolla O. MIR PUIGPELAT, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración (Hacia un nuevo sistema)*, Madrid, 2002, donde se da cuenta del estado actual, en la jurisprudencia y la doctrina, del debate en torno a este tema.

no reparan en valoraciones materiales sobre su contenido, sino en las tradicionales circunstancias eximentes de la responsabilidad para adscribir a alguna de ellas la solución que el controvertido precepto adopta. Son, fundamentalmente, dos las circunstancias o requisitos en los que fundamentalmente se ha reparado: fuerza mayor y —ausencia de— antijuridicidad.

A) *Fuerza mayor. Sobre el dominio del riesgo y su aceptación.*

Difícilmente puede reconducirse a un supuesto de fuerza mayor el régimen que contemplamos. Y conviene marcar las diferencias de principio, porque parten de diferentes hipótesis.

Aunque, ciertamente, el tenor literal del precepto no los define de manera explícita, son los riesgos desconocidos, llamados también riesgos del progreso, sobre todo en la legislación civil, los que configuran el supuesto que contempla. Esto es algo que inequívocamente advierte y reconoce la doctrina que se ha ocupado del mismo (33). Se trata así, por hipótesis, de los riesgos creados por el desarrollo tecnológico. Y ya no por hipótesis, sino por la propia naturaleza de las cosas, cada tecnología —alimentaria, farmacéutica, biogenética, sanitaria, energética, etc.— se debe a decisiones humanas: decisiones que se inician en los procesos de investigación y siguen luego expresándose en diversas fases o momentos en torno al desarrollo de esa tecnología, como son los controles, autorizaciones, prohibiciones, comercialización, aplicaciones singulares, etc. Conviene que seamos muy conscientes de esta insoslayable realidad que, en definitiva, sitúa a los riesgos tecnológicos y del desarrollo en la órbita exclusiva de la decisión y, por ende, de la responsabilidad humana, y no en el ineluctable destino de las fuerzas externas de la naturaleza o cualquier otra ajena a la intervención del ser humano. El concepto mismo y la funcionalidad de la fuerza mayor en el marco de lo que se ha dado en llamar la sociedad de riesgo parece que necesitan de una revisión, puesto que en esa sociedad y su entorno el grado de intervención y manipulación tecnológica, debida a la decisión humana, alcanza unas magnitudes, y unas profundidades o interioridades, del todo inaccesibles hace poco tiempo: desde el clima, cuyos cambios recientes se deben ya —como ha reconocido la ciencia de manera unánime— a la intervención humana, hasta la composición genética de los organismos vivos, abierta a la libre disposición de la técnica. Nos será cada vez más difícil apelar a la externalidad característica

---

(33) Así, P. SALVADOR y J. SOLÉ, *Brujos y aprendices*, cit., o F. LÓPEZ MENUDO, *Responsabilidad administrativa y exclusión...*, cit.

de la fuerza mayor en un mundo, en una naturaleza, que hemos dominado hasta el punto de internalizarla —por decirlo de un modo gráfico, en oposición a la idea de externalidad—, de disponer sobre ella: cada vez es menor el espacio de lo que nos viene dado y mayor el que resulta de una manipulación tecnológica.

El caso que reconocidamente se tiene como inspirador, o como referencia tomada muy en consideración, del artículo 141.1 —el de las transfusiones de sangre contaminada con el VIH— sí que podría reconducirse a un supuesto de fuerza mayor en la medida en que trae causa de un virus por completo desconocido de origen natural, sin intervención ni manipulación tecnológica alguna. Existe, por supuesto, un margen para la fuerza mayor en este precepto.

Pero en modo alguno cabe situar, genérica e íntegramente, en la órbita de la fuerza mayor todo lo que el 141.1 LPC pueda abarcar, como se hace en alguna lectura del mismo al concluir que «la imposibilidad de prever o de evitar la producción del daño —que definen la fuerza mayor según la jurisprudencia— ha de referirse al estado de los conocimientos en el momento de producirse el daño» (34). Sin necesidad de reproducir y replantear la teoría, con límites difusos y problemáticos ciertamente, de la fuerza mayor, conviene significar que la imprevisibilidad o inevitabilidad del daño en los casos de fuerza mayor lo son por la incidencia de un elemento externo, ajeno, indisponible. Se ha sintetizado al respecto que «la fuerza mayor, consiste, según la doctrina dominante, en un acontecimiento que tiene lugar ex post facto, que es de naturaleza externa y que, por lo tanto, ocurre más allá de la esfera de control del afectado. Se trata de “acontecimientos ajenos al responsable”, en el sentido de que quedan fuera de su ámbito de control» (35). La «externalidad de la fuerza mayor» ha sido, por lo demás, reiterada en esos mismos términos por la jurisprudencia (36). En cualquier caso, insisto, este precepto se encara con un orden de problemas y un entorno muy diferente al que ha sido característico y tradicional de la responsabilidad: poco sentido tiene invocar unas categorías y una jurisprudencia en las que la frontera de la «internalidad» o «externalidad» —por seguir con esos términos tradicionales— no se sitúa en el servicio, sino en el conocimiento; es la determinación de la responsabilidad más allá del conocimiento, y éste es otro debate al que no se puede acudir con las referencias y categorías tradicionales.

(34) J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1991, de 26 de noviembre)*, 2.ª ed., Madrid, 1999, pág. 2878.

(35) P. SALVADOR y J. SOLÉ, *Brujos y aprendices...*, cit., pág. 42

(36) Así, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 (Ar. 4917) o de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154).

Y aunque el conocimiento de los riesgos que la técnica produce puede que no se domine —ésta es la razón de este precepto y de otros que avizoran ese horizonte—, lo que sí queda bajo la órbita de decisión humana es la implantación y aplicación de las tecnologías que los generan. Los riesgos tecnológicos están bajo el dominio humano y, como tales, son evitables. Los daños derivados de un tratamiento médico o de una vacunación —por referirnos a un espacio, el sanitario, en el que la doctrina ha levantado una línea de defensa más justificada de este precepto— podrían, obviamente, evitarse si estos tratamientos no se hubieran aplicado, si la decisión que precedió a su aplicación hubiera sido negativa. Lo que ocurre es que, muy posiblemente, los daños habrían sido muy superiores de no aplicarse la vacuna. Se aceptó así el riesgo que ésta comportaba.

Desde luego, este simplificado planteamiento se ve superado por la complejidad que normalmente rodea estos casos, pero es el punto de partida de la teoría de riesgos en relación a la responsabilidad que pudieran generar y por ahí puede progresarse: por el eje que marca la distinción que pueda establecerse en torno a su aceptación. Los conceptos de riesgo permitido y de riesgo aceptado resultan determinantes y sobre ellos podría trabajarse con provecho (37). Se trata, en cualquier caso, de una distinción que ni tan siquiera se insinúa en el artículo 141.1. Su respuesta única, sin matiz alguno, deja bajo el mismo régimen a los riesgos permitidos, los aceptados, y los que no lo están.

La doctrina, en cambio, sí que está insinuando esa distinción. Así lo hacen quienes defienden la validez del precepto en el ámbito sanitario (38), donde, implícitamente, domina el principio de aceptación del riesgo, ante la presencia de peligros mayores. O quienes introducen la nota de la aceptación singular o personal, de la que concluyen que los daños a los que el artículo 141.1 se refiere «deben por ello ser

---

(37) Sobre ellos opera desde hace un tiempo la moderna doctrina penal; vid., por ejemplo, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1995. Son, desde luego, conceptos que cobran su propia dimensión en cada ámbito y perspectiva jurídica, ya sea la penal, civil o administrativa; de hecho, en otros ordenamientos es muy marcada la atención que reciben por jurisprudencia y doctrina desde hace ya un tiempo; referencias sobre esa atención pueden encontrarse en Udo DI FABIO, *Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung*, Berlín, 1998, o en R. H. PILDES y C. R. SUNSTEIN, *Reinventing the Regulatory State*, «The University of Chicago Law Review», vol. 62, 1995.

(38) Así, G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La responsabilidad extracontractual de la Administración y de su personal en el Derecho comparado*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 18, 2001, págs. 418 y ss. En este sentido, O. MIR PUIGPELAT, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., reparando en el concepto de riesgo aceptado o consentido (pág. 249) y en el de riesgo permitido (pág. 277). Sobre la correlación entre intervención o gestión pública y la aceptación, o rechazo, singular de los tratamientos, vid. el sugestivo estudio de C. AMADA GOMES, *Defesa da saúde pública vs liberdade individual*, Lisboa, 1999.

soportados, como ya notamos, por quienes aceptan voluntariamente los riesgos inherentes a la intervención de la que resultan» (39).

Se repara así en una distinción que en modo alguno está recogida en el precepto: ni se alude a la posible aceptación genérica, que pudiera producirse por ley —ella misma podría hacerlo—, de los riesgos en un sector determinado y característico como pudiera serlo el sanitario, ni se insinúa tampoco el supuesto de la aceptación personal. No podemos distinguir donde la ley no distingue. Y esta distinción, crucial, sobre el riesgo permitido o en torno a la aceptación del riesgo (40) es del todo desconocida por el artículo 141.

Las Administraciones pueden quedarse tranquilas ante los riesgos tecnológicos que puedan generar. No necesitan ni de la aceptación social de tales riesgos a través de las instancias representativas, ni de la de los sujetos singulares potencialmente afectados. Quedan exentas de responsabilidad en los amplios términos del artículo 141, que comprenden el ámbito sanitario o cualquier otro, y ya se cuente, o no, con la previa aceptación del riesgo de quien finalmente sufre el daño.

### B) *Sobre la ausencia de antijuridicidad.*

Con la apelación al requisito de la antijuridicidad se ofrece, desde luego, la explicación más aséptica y neta del artículo 141. No hay que detenerse en argumentaciones y apreciaciones hermenéuticas como las que se requieren para situar sus previsiones bajo la órbita de la fuerza mayor.

El artículo 141.1 sintonizaría perfectamente con el sistema establecido y constitucionalizado de responsabilidad administrativa —y salvaría así el precepto su constitucionalidad— al limitarse a imponer la obligación jurídica de soportar los daños a los que se refiere. No serían, pues, daños antijurídicos.

Nos encaramos así con cuestiones que no se habían planteado de manera frontal, al menos con la agudeza que este precepto suscita, porque nunca en una ley general de régimen común de las Administraciones Públicas —ni en una ley referida a un tipo de Administraciones, como la del Estado o las Administraciones Locales—, tras definir o reiterar el régimen general de responsabilidad, se había esta-

---

(39) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7.<sup>a</sup> ed, Madrid, 2000.

(40) Una distinción y delimitación sobre el concepto y alcance del riesgo permitido y del riesgo aceptado que, desde luego, no procede desarrollar aquí. Un planteamiento de estas cuestiones puede encontrarse en mi libro *Técnica, riesgo y Derecho*, cit., págs. 36 y ss.

blecido un espacio de excepción con la obligación de soportar los daños que en él se produzcan. Fundamentalmente son dos las cuestiones que se plantean, estrechamente ligadas por lo demás: la primera, sobre la existencia de límites al legislador en el establecimiento de deberes que excepcionen el régimen objetivo de la responsabilidad, y la segunda, la configuración de la antijuridicidad y la correlativa imposición en su caso del deber de soportar un daño.

La existencia de límites al legislador —otra cosa es precisarlos— parece evidente. No resultaría admisible, por ejemplo y tirando por ello al absurdo, que una ley estableciera la obligación de soportar los daños producidos por la Administración del Estado. No parece que la adscripción de la responsabilidad a los daños que el particular «*no tenga el deber jurídico de soportar*» suponga una abierta habilitación al legislador para fijar sin límites, o mejor sin criterios, arbitrariamente, los supuestos en los que existe un deber de soportar los daños de la Administración.

Nos pone ello en contacto con la otra cuestión, relativa a la configuración de la antijuridicidad. Éste es sin duda un dato previo y, en su concreta definición en cada caso, ajeno a la definición abstracta del sistema de la responsabilidad, como en la Constitución y en leyes anteriores bien conocidas se plasma. No corresponde a la LPC configurar la antijuridicidad con la que habrá de operar el régimen de responsabilidad que ella —aquí sí con toda propiedad— define o, si se quiere, desarrolla y concreta a partir de los postulados constitucionales. De la misma manera que, como se afirma con toda autoridad desde su propia doctrina, «el Derecho penal no crea la antijuridicidad» (41).

La antijuridicidad se configura y delimita en el conjunto del ordenamiento. Está ya configurada y podrá, por supuesto, ser revisada, pero no es procedente que sobre ella se disponga en la definición misma del régimen de la responsabilidad patrimonial y de sus elementos. Introducir en ese régimen el deber de soportar una serie de daños supone segmentarlo, establecer una exclusión y, en definitiva, desnaturalizar alguno de sus rasgos característicos, particularmente su carácter objetivo, que constituye, tal vez, su seña más marcada de identidad (42).

---

(41) F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1996, pág. 317.

(42) Creo por ello pertinente, y desde luego muy saludable —a la vista está el debate que ha suscitado—, la valiente crítica de Jesús JORDANO FRAGA en su trabajo *La reforma del artículo 141...*, cit. A pesar del esfuerzo de sus defensores por reinsertar este precepto en la ortodoxia del sistema, la quiebra —o el recorte, por utilizar una expresión menos traumática— que el mismo supone no pasa desapercibida ya a ninguna aproximación que se realice, sea desde la perspectiva que sea. Así, por ejemplo, de manera más comedida, no se deja

Y si de la antijuridicidad formal nos trasladamos, siguiendo la distinción que estableciera VON LISZT, a la antijuridicidad material, nos encontraríamos con la cruel paradoja de que queden sin indemnización alguna quienes al sufrir un daño hacen patente y evidente a la ciencia unos riesgos hasta entonces desconocidos y a partir de ese conocimiento —no alcanzado en laboratorios o investigaciones previas, sino a costa de la salud, cuando no de la propia vida, o del menoscabo patrimonial de las víctimas— la antijuridicidad se resuelve de la manera siguiente: quienes sufrieron el daño, como era imprevisible hasta entonces, están obligados a soportarlo; a partir de ese momento, nadie tendrá que cargar con esta obligación puesto que, con la aparición de las primeras víctimas —que permanecerán, ellas solas, indemnes—, esos efectos dañosos dejaron de ser imprevisibles. Aunque con esos conocimientos —obtenidos de manera tan costosa, cuando no dramática— el daño será no sólo previsible sino que, muy posiblemente, será evitable: bastará con no correr el riesgo que hasta entonces, inconscientemente, se asumía por desconocer los efectos negativos que ahora las víctimas hacen patente.

Esto podría resultar del tratamiento de la antijuridicidad que se hace en este precepto, de la singular distribución del deber de cargar con daños que en él se establece. Puede seguir manteniéndose que el legislador es libre de fijar los casos en que existe el deber de soportar ciertos daños, aunque en el que ahora nos ocupa la determinación adoptada, si reparamos en los resultados que permite, no sólo pone en cuestión el carácter unitario del sistema de responsabilidad, del que se ha destacado «que protege por igual a todos los sujetos privados, garantizándoles un tratamiento patrimonial común» (43), sino que plantea también serias dudas de constitucionalidad por el discriminatorio y desequilibrado trato que reciben las víctimas: las primeras, que permiten el conocimiento del daño —su previsibilidad y su evitación futura—, han de soportarlo; no así las que pudieran padecerlo con posterioridad. No sólo la más elemental formulación del principio de solidaridad, que se ha visto en muchos casos como fundamento de la responsabilidad administrativa, se desvanece así, sino que el propio principio de igualdad reconocido en la Constitución podría verse conculcado sin una justificación razonable.

---

de significar que «la nueva redacción del artículo 141.1 LPC ha recortado un tanto la objetividad, al excluir la responsabilidad en los casos en que los daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica». José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, núm. 155 de esta REVISTA, mayo-agosto 2001, pág. 42.

(43) J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades...», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., pág. 395.

IV. LA CLÁUSULA DE REMISIÓN A LAS LEYES Y LAS PRESTACIONES QUE PUDIERAN ESTABLECER. LA HUIDA DEL ESTADO DE DERECHO —MARCO PROPIO DE LA RESPONSABILIDAD— HACIA EL ESTADO ASISTENCIAL

No es necesario extenderse en alambicadas consideraciones, ni aventurar gravosos efectos discriminatorios en el trato a las posibles víctimas derivados de la aplicación de este precepto, para cuestionar la defensa del mismo que se pretende levantar sobre la idea de la juridicidad o antijuridicidad. El propio artículo 141.1 se encarga, en su inciso final, de eliminar cualquier asomo de coherencia y rigor en torno a la definición de juridicidad que en él pudiera advertirse.

1. *De la juridicidad a la política. Del Estado de Derecho al prestacional*

Este inciso final, muy significativo, no ha suscitado quizá la atención que merece. Nos dice que «*todo ello* (el deber de soportar los daños a los que el precepto alude) *sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas* (otra manera de referirse a una indemnización) *que las leyes puedan establecer para estos casos*».

¿Dónde está el pronunciamiento sobre la juridicidad, la decisión adoptada al respecto, en un precepto que excluye primero de indemnización determinados daños para decirnos sin solución de continuidad, en el mismo apartado, que tal vez sí resulten indemnizables mediante «prestaciones»? Con este quiebro final se nos hace del todo visible la respuesta del artículo 141.1 al supuesto que contempla. Y esa respuesta es que no hay respuesta. Decidirán las leyes que con posterioridad puedan dictarse.

En realidad, lo que con este enunciado se hace es extraer la solución del territorio de la juridicidad y entregarlo a la decisión política. El tratamiento de la responsabilidad se desprende aquí de la órbita del Estado de Derecho, donde figuraba como una de sus piezas más características (44) —tal como se nos había enseñado y unánimemente se reconocía—, y se deriva hacia el Estado asistencial. Pero hemos de ser conscientes que con ese movimiento hacia un nuevo

---

(44) Certeramente lo percibe Luis MARTÍN REBOLLO cuando, refiriéndose a este precepto, destaca que «la faceta asistencial —obligada en un Estado social de Derecho— debe entenderse cubierta por el inciso transcrito, que remite a cuestiones de política legislativa y presupuestaria». *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 343. Se advierte aquí el tránsito hacia el Estado social y prestacional, pero en ese peregrinaje abandonamos el marco propio del Estado de Derecho —abandonamos en rigor la idea de responsabilidad— para acercarnos a un Estado social o prestacional que, desgraciadamente, no goza de su mejor salud. Es perfectamente posible —ninguna vinculación relevante tiene el legislador al respecto— que su respuesta sea negativa o de muy baja intensidad.

marco se abandona el que constituía el punto de partida: el entorno propio de la responsabilidad y sus referencias características. No han de entrar en las consideraciones del legislador las que son las propias de la responsabilidad —el daño injustamente sufrido, su cuantificación, su individualización, la causalidad, la imputación o, sobre todo, la indemnización con pretensión de cobertura exacta del perjuicio— para decidir el establecimiento o no de prestaciones —así como, en su caso, las características o cuantía de las mismas— porque, en realidad, estaremos fuera de la órbita de la responsabilidad. No tiene, en rigor, ninguna relación con ella.

Ante esos daños derivados «*de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica*», no hay respuesta definida sobre la que montar una acción judicial para exigir una indemnización. Lo que nos dice el artículo 141.1 es que debemos esperar a la solución que en cada caso el legislador adopte: podrá ser una prestación económica, podrá ser una prestación asistencial, podrá ser —por qué no— una indemnización pura y simple, podrá ser una prestación combinada, económica y asistencial, o podrá no ser nada; sólo entonces sabremos que, en ese caso, habrá que soportar el daño en su integridad.

En los supuestos contemplados en el artículo 141.1 los afectados carecen de los mecanismos y referencias propios del Estado de Derecho, que, como se ha reconocido unánimemente, domina —con la excepción en la que reparamos ahora— el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Carecen aquí de las más elementales referencias, comenzando por la legal, sobre las que pudieran operar los Tribunales, porque el artículo no les ofrece ninguna referencia general, firme, previa y objetiva. Lo que ofrece es una esperanza: que el legislador, atendiendo a las circunstancias del caso, decida establecer algún tipo de reparación o de prestación. Y previsiblemente el legislador valorará circunstancias tales como el impacto social, el componente dramático del daño, su entorno político y mediático, que no le hará indiferente a la presión que puedan ejercer los afectados —su número será sin duda relevante, y difícil lo tendrán si son pocos (45)—, para adoptar una decisión, por supuesto singular, sobre el caso. Nada que ver con la juridicidad. Será una decisión política, sin margen de reacción o recurso alguno para los

---

(45) O puede que sea lo contrario: si los daños se extienden sobre un alto número de perjudicados y son de elevada cuantía puede que entonces afloren las consideraciones presupuestarias para denegar las prestaciones. Ningún criterio puede avanzarse con base en el artículo 141. Decidirá libremente el legislador en base a consideraciones diversas —políticas, mediáticas, presupuestarias, etc.— que, perfectamente, pueden ser del todo ajenas a las consideraciones con las que se opera en el sistema de la responsabilidad.

afectados salvo la eventual y compleja revisión de constitucionalidad si se quisiera advertir una vulneración del principio de igualdad en el caso de que las leyes dispensaran un tratamiento infundadamente diferenciado a los afectados por daños cuyas características comunes son las contempladas en el artículo 141.1.

Es posible que nuestro sistema de la responsabilidad administrativa en su conjunto se haya encerrado de manera radical en un tratamiento jurídico un tanto rígido por su formalismo, sin ninguna vía de entrada a la valoración política que hubiera podido moderar algunos excesos en su aplicación que lo han hecho objeto de crítica. Pero eso en modo alguno justifica —tampoco eran consideraciones correctoras de esta índole las que se sopesaron— la fijación de un espacio de exención, exento del Derecho, del régimen propio de la responsabilidad, para entregarlo por entero a la política.

Antes de que su responsabilidad se encuadrara en los esquemas y principios del Estado de Derecho —con anterioridad incluso al nacimiento del Derecho Administrativo—, la Administración podía decidir graciamente y a su total criterio el otorgamiento de alguna reparación o prestación por los daños que en su actuación hubiera podido producir. No estaba vinculada a norma previa alguna. Retornamos ahora a esa situación en el caso que nos ocupa, con la única y, desde luego, relevante diferencia de que es el legislador el que decide a su completo albur. Podrá advertirse en esas decisiones toda la legitimación democrática que se quiera, pero se ha de ser consciente que al entregarnos a esa total y libérrima discrecionalidad del legislador se ha renunciado al cuadro de garantías propio del Estado de Derecho en cuyo mismo eje se ha visto situado el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración que ahora se segmenta y parcialmente se desprende de esta órbita. La Administración no está aquí sujeta a Derecho porque ese Derecho se define, de manera singular, con posterioridad al daño.

## 2. *De la deseable previa regulación legal, sobre riesgos permitidos o no, a la regulación prestacional posterior al daño*

Es justamente esa posición de la ley, antes o después del daño, la que resulta determinante. De manera muy significativa, el artículo 141.1 contempla de manera explícita —y parece aspirar a ello como solución idónea— un tratamiento legal con posterioridad al daño y configura así una estructura normativa que no parece la adecuada para el tratamiento de los llamados riesgos del progreso con los que este precepto pretende enfrentarse.

Es sin duda alguna un tratamiento previo, con las decisiones —también, por supuesto y destacadamente, las legales— que en ese momento anterior puedan adoptarse, el que más eficazmente incide sobre los riesgos atendida la naturaleza de los mismos, y en esa línea se desenvuelven las más acertadas y conscientes regulaciones que hacen de ellos su objeto.

La regulación sobre los llamados riesgos del progreso en la LPC quizá tendría así que haber situado el punto del tratamiento legal, de la decisión sobre riesgos mediante ley, en un momento anterior a la producción del daño y no después, como hace. Más precisamente, y ésta es la línea en la que el Derecho está situando sus defensas y sus decisiones estratégicas, la decisión ha de tomarse no sólo, por supuesto, con anterioridad al daño, sino también, y esto es determinante, con anterioridad al riesgo, antes de asumirlo.

Ésta es justamente la decisión crucial, la de aceptar o rechazar un riesgo. La determinación del riesgo permitido. Más concretamente, y en relación con la responsabilidad: se trataría de decidir qué riesgos, o qué sectores de riesgo, se aceptan, con el deber implícito de soportar posibles daños que no resultaran previsibles o evitables según el estado de los conocimientos de la técnica. La cobertura lógica, o si se quiere la juridicidad material, está aquí servida si estos riesgos se aceptan con la inequívoca intención de evitar un peligro natural o un riesgo mayor, un balance de riesgos que, por poner un ejemplo, es el típico y característico del ámbito sanitario.

Pero este deber de soportar el daño en modo alguno habría de extenderse a los riesgos no aceptados, y es precisamente aquí, en la decisión en torno a la aceptación o rechazo y, en su caso, sobre las condiciones y grado de la aceptación, donde debe producirse la decisión y regulación legal. Ninguna decisión, con este carácter previo, se adopta ni se insinúa siquiera en el artículo 141.1, que difiere la posible decisión al momento posterior al daño si las leyes singularmente deciden establecer fórmulas o expedientes resarcitorios.

Sólo con esa previa determinación del riesgo que se permite y el que no, o del que debe soportarse en el caso de que genere un daño, puede además ofrecerse una referencia efectiva en el otro frente en el que, indudablemente, la responsabilidad puede operar muy positivamente: el preventivo. Los sujetos potencialmente causantes de daños tienen una referencia para modular su actuación atendiendo a los riesgos que puedan generar; sabrán que hay sectores en los que serán responsables por los daños aun cuando fueran imprevisibles según el estado de los conocimientos científicos. Esa modulación de su actividad podrá tener, entre otras, dos posibles concreciones: o la abstención en esa actividad, por desconocerse su potencial dañoso,

del que habría que responder en cualquier caso, o la ampliación del conocimiento mediante la investigación o la experimentación para valorar adecuadamente los riesgos que se generan y establecer en su caso las medidas preventivas y de seguridad que se consideraran convenientes.

Ninguna referencia sobre la que modular actividades y riesgos ofrece el artículo 141.1. Es una carta blanca para quienes los generan si pueden ampararse en el desconocimiento. No les incita a la adopción de cautela preventiva alguna ni a la investigación y ampliación de los conocimientos científicos; antes al contrario, desincentiva un conocimiento que podría jugar en su contra si detectara la presencia de riesgos, con lo que, al no ser alegable ya el desconocimiento, tendrían que abandonar ese triste territorio de la irresponsabilidad amparada en la ignorancia.