

Los instrumentos del Derecho de la Técnica: su consideración desde la técnica normativa *

Susana Galera Rodrigo

Área de Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE LA TÉCNICA EN EL MARCO DE LA DOGMÁTICA SOBRE LOS REGLAMENTOS.—2. REGLAMENTOS TÉCNICOS Y NORMAS TÉCNICAS. a) *Sobre la complejidad normativa del «Derecho de la Técnica»: pluridad de normas sectoriales y actos normativos;* b) *Sobre la «normativización» por vía reglamentaria de las Normas Técnicas;* c) *La consideración de la fase «transnacional» de aprobación de Reglamentos Técnicos.*—3. LA CUESTIÓN DE LAS CLÁUSULAS TÉCNICAS.—4. REFLEXIÓN FINAL.

1. EL DERECHO DE LA TÉCNICA EN EL MARCO DE LA DOGMÁTICA SOBRE LOS REGLAMENTOS

Dice la STS 11 de junio de 1991: «La potestad reglamentaria es un poder jurídico que participa en la elaboración del ordenamiento, de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo». Se arranca de esta definición jurisprudencial en tanto comprensiva de dos aspectos que resultan esenciales en el análisis que esta contribución quiere plantear: la «participación» en la elaboración del ordenamiento y la «integración» en el mismo de la norma que resulte del ejercicio de ese poder jurídico.

No es cuestión pacífica entre la doctrina la determinación de quién ha de participar, y en qué medida, en la elaboración del ordenamiento, como tampoco lo es la relativa a la forma en la que dicha integración se ha de realizar.

* Este trabajo se presentó como comunicación al «Seminario de Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento», organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, noviembre 2001.

Pero da la impresión que, aun desde las interpretaciones más flexibles y que mayor cobijo proporcionan a lo que cotidianamente tiene plasmación en los Boletines Oficiales, el instrumental jurídico al que acude el llamado «Derecho de la Técnica» encuentra en ocasiones difícil acomodo en nuestro sistema jurídico.

Considerando el hecho de que las disposiciones que aquí se van a tratar afectan a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE, la perspectiva en la que nos situamos es la de los Reglamentos que desarrollan, complementan y aplican las disposiciones de una Ley que, por imperativo constitucional, debe establecer una regulación inicial de la materia.

Una de las cuestiones que, en la dogmática del Reglamento, genera criterios discrepantes es la titularidad de la potestad reglamentaria y, en particular, la interpretación que hay que darle al término «Gobierno» que, por atribución del artículo 97 de la CE, es el titular de dicha potestad. No plantea problemas afirmar que el precepto atribuye potestad al Consejo de Ministros, en tanto órgano colegiado del gobierno; cuestión distinta es, a la vista de dicho precepto, la interpretación que haya de darse a la función de «ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento» que como competencia del Ministro se establece en el artículo 4. 1.b/ de la Ley 50/1997, del Gobierno. Aun a riesgo de incurrir en simplificaciones, se quieren apuntar algunos de los criterios doctrinales divergentes sobre el particular:

- en unos casos¹, se parte de una concepción «institucional» del Gobierno: al trascenderse la tradicional identificación «Gobierno» con «Consejo de Ministros» y considerarlo integrado por un conjunto de órganos (unipersonales y colegiados), se sostiene que cualquiera de ellos está constitucionalmente facultado para dictar normas reglamentarias, por lo que la potestad reglamentaria del Ministro trascenderá el ámbito estrictamente organizativo, excepción hecha de los reglamentos para la ejecución de las leyes que, por imperativo legal —art. 5.11/ Ley 50/1997—, deben ser dictados por el Consejo de Ministros, y de lo que resulte de la aplicación de los principios de jerarquía normativa y materias reservadas a la ley;
- en otros casos, se matiza² que la potestad reglamentaria no requerida de habilitación se extiende únicamente a la materia de organización interna, al haber perdido los Ministros, después de la Constitución, la facultad de dictar Reglamentos independientes, exigiéndose, como regla, una previa ley habilitante;
- desde una óptica más restringida³, se predica de los Ministros una potestad reglamentaria de atribución, «cuando una norma específica

¹ A. GALLEGU ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Art. 97 CE» en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Dir. O. Alzaga Villaamil, Tomo VIII, Edhersa, Madrid 1985, p. 87, p. 85.

² F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 237.

³ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CEURA, Madrid 1991, p. 760, negando que la atribución de potestad reglamentaria de los Ministros «en las materias propias de su De-

- se la atribuya», pero se admite que la habilitación legal se extienda más allá del ámbito organizatorio;
- más, limitadamente, se sostiene⁴ que, en principio, el ámbito material en que la potestad reglamentaria del Ministro actúa es la de la organización interna, admitiéndose no obstante las órdenes Ministeriales que sobrepasen este ámbito cuando sean de pura ejecución, sin que puedan crear Derecho material nuevo, con directivas políticas o jurídicas propias.

Por lo que hace al criterio acogido por la jurisprudencia, de ésta se ha dicho que «dista mucho de ser satisfactoria y clara, en tanto tampoco lo son los conceptos en los que se apoya —reglamento ejecutivo, norma de organización y relaciones de especial sujeción—»⁵.

Recientemente, la Sentencia de 17 de julio de 1999⁶ se pronuncia sobre el particular al resolver la impugnación de un Real Decreto que habilitaba al Ministerio de Economía y Hacienda para fijar la medida y los límites de las operaciones de préstamo y depósito que las Sociedades y Agencias de Valores pueden efectuar con las entidades financieras. Acoge la doctrina restrictiva sobre la potestad reglamentaria ministerial, si bien partiendo de una interpretación muy amplia, y probablemente excesiva, del concepto «ámbito doméstico de la Administración». En particular, en su Fundamento Cuarto, sostiene:

«La posición actual de la jurisprudencia puede sintetizarse en los tres puntos siguientes: a) La Constitución no derogó el artículo 14.3 de la citada LRJAE, por cierto exacto al hoy art. 4.1b) de la Ley 50/1997, del Gobierno. b) La potestad para dictar Reglamentos ejecutivos corresponde, de modo exclusivo, al gobierno, no a los Ministros. c) Éstos pueden dictar Reglamentos independientes *ad intra*, esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial,pero sin que estos reglamentos puedan afectar a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general.

Pues bien, en el caso concreto aquí analizado, la competencia atribuida por el Real Decreto al Ministerio de Economía y Hacienda para fijar la medida y los límites de las operaciones activas de préstamo de las Sociedades y Agencias de Valores se mueve en ese ámbito doméstico de la Administración...».

Desde esta misma óptica de la titularidad, conviene señalar la admisibilidad doctrinal de las remisiones en cadena, a las que se suelen señalar limita-

partamento» (hoy recogida en el art. 4.11/ Ley 50/1997, en términos idénticos al derogado art. 14.3 LRJAE, interpretado por el autor) «efectúe una atribución general de potestad reglamentaria, pues si esto fuera así llegaríamos al absurdo de que el Gobierno no podría dictar un reglamento cuando éste afectara sólo a las materias propias de un Departamento» (*ibidem*).

⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid 2000, p. 189.

⁵ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, L. PAREJO, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid 1992, p. 66.

⁶ Rep.Ar. 1.999\6381.

ciones, de distinto alcance, como su excepcionalidad o la plena subordinación a la norma de remisión. En ese sentido, se afirma la posibilidad de que el «reglamento del gobierno remita a normas inferiores la regulación de cuestiones secundarias, puramente operativas y no integrantes del núcleo esencial de la normación que el Gobierno debe por sí realizar»⁷, habilitación que no podrá «exceder del ámbito estricta y rigurosamente ejecutivo de normas sustanciales que el propio Decreto contenga»⁸.

Los límites, pues, a esta remisión —frecuentísima en normas con un importante contenido de orden técnico, como las que aquí se contemplan— están, por una parte, en el rango de la norma de remisión y en la suficiencia de la regulación contenida en la misma y, por otra, en la concreción y especificidad sobre la que recae la remisión. Importa subrayarlo porque franquear estos límites convierte la remisión en una delegación normativa, que queda prohibida, de forma reiterada, en la legislación vigente (art. 13.2 Ley 30/1992, art. 20.3 Ley 50/1997).

Otra consideración que debe introducirse es la cuestión de la publicidad de las normas, respecto de la que también pueden encontrarse criterios doctrinales discrepantes. Elevada esta exigencia a rango de principio constitucional —art. 9.3 CE—, puede encontrarse reiterada en la legislación vigente: así, como requisito de eficacia de los Reglamentos se establece en el artículo 52.1 Ley 30/1992, precisando el artículo 124.4 de la Ley 50/1997, la obligación de la «publicación íntegra» de los Reglamentos aprobados por el gobierno⁹. En algún caso, la exigencia de publicación se viene conceptuando, más que como requisito de eficacia, de condición de validez de la norma¹⁰.

Lo anterior constituye el marco dogmático de referencia que aquí se quiere considerar. El llamado Derecho de la Técnica impone una actividad normativa, de rango reglamentario, cuantitativamente más importante que la que se desarrolla en sede parlamentaria, por lo que acude con normalidad a las categorías y técnicas arriba indicadas. La colaboración normativa entre Ley, Reglamento y Orden Ministerial es una constante en este ámbito normativo, por lo que habrá que tener presente el alcance y los límites en los que dicha colaboración se puede desenvolver.

⁷ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos ... cit.*, p. 762.

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso ... cit.*, p. 189. En el mismo sentido, y en relación a los Reglamentos ejecutivos, A. GALLEGU ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 88, condicionan esta autorización a que «el Gobierno haya dictado la regulación complementaria o aplicativa de la ley, para cuya ulterior concreción se remite a la Orden ministerial».

⁹ Requisito de integridad que, con carácter general, venía señalándose por parte de algún autor: en este sentido, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 815.

¹⁰ En este sentido, L. MARTÍN REBOLLO, que la interpreta como «condición esencial de validez que garantiza, además, el art. 9.3 CE... de modo que no caben normas reglamentarias no publicadas», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón (coord.), Tecnos, Madrid 1993, p. 156; el mismo criterio en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 195; J.A. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 815. En sentido contrario, y en relación a la Ley, F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 212: «no puedo compartir la opinión de quienes mantienen que la publicación constituye requisito esencial para la existencia de la Ley. Una vez aprobada ... es una norma jurídica perfecta cuyos efectos jurídicos (la vigencia) penden de un hecho cual es su publicación».

Ocurre, a mi entender, que el Derecho de la Técnica acude, en algunos casos, a técnicas que bien exceden el alcance admisible de esta colaboración, bien resultan extrañas a la ortodoxia en la que resulta posible esa «participación en la elaboración del ordenamiento jurídico».

Más adelante se tratará la creciente remisión reglamentaria a «normas técnicas» —normas elaboradas por entidades privadas y de carácter voluntario—, remisión que tiene el pretendido efecto de otorgarles obligatoriedad e incorporarlas en el ordenamiento. Creo que estas remisiones exceden, en algún caso, los límites en los que deben desenvolverse y se convierten en una delegación no sólo expresamente proscrita por el ordenamiento, sino que es además de admisibilidad dudosa al quedar hecha a favor de entidades privadas. Otro flanco débil de esta técnica es la exigencia de publicación de las normas que, como se verá, en algún caso resulta insuficientemente satisfecha.

Aun más, en ocasiones («cláusulas técnicas»), la norma reglamentaria hace abdicación de la definición completa de los presupuestos en que cabe ejercitar la actividad que disciplina para remitir a la apreciación del órgano administrativo a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Entiendo que esta remisión no siempre está justificada, ya que el recurso a esta técnica requiere que «no sea posible» delimitar y concretar más el concepto en la propia norma, presupuesto que, como se expondrá, no concurre siempre que se recurre por las normas a las denominadas cláusulas técnicas.

2. REGLAMENTOS TÉCNICOS Y NORMAS TÉCNICAS

a) *Sobre la complejidad normativa del «Derecho de la Técnica»: pluralidad de normas sectoriales y de actos normativos*

Es característico en las sociedades desarrolladas que, a medida que se profundiza en ese desarrollo —desde un punto de vista jurídico, económico y social—, la misma sociedad demande una creciente tutela sobre bienes jurídicos tradicionales (salud, instrucción, seguridad pública ...), así como sobre otros emergentes (seguridad laboral, medio ambiente, calidad de los productos puestos en el mercado...).

La tutela de dichos bienes y la satisfacción de esas demandas crecientes suelen suponer limitaciones sobre ámbitos de libertad protegidos al máximo nivel normativo: dirigiéndonos al enfoque que aquí interesa, la tutela de la salud y de la seguridad —entendidas en un sentido muy amplio—, y del medio ambiente tienen un impacto limitativo sobre la libertad de empresa constitucionalmente sancionada en el artículo 38. Por su ubicación, se trata de un derecho protegido por la reserva de ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, reserva que admite la colaboración normativa del Reglamento.

Esta exigencia se satisface, en la actualidad, en la Ley 21/1992, de Industria, que establece las bases de ordenación del sector industrial al amparo de la

competencia estatal que deriva del artículo 149.1.1ª y 1.49.1.13ª CE. Pieza clave en la ordenación del sector, y por lo que aquí interesa, lo constituyen los «Reglamentos de Seguridad», normas de rango reglamentario a los que deberán adecuarse «las instalaciones, equipos, actividades y productos industriales, así como su utilización y funcionamiento» (art. 10.1)»¹¹.

No se agota, en este ámbito normativo, la subordinación del ejercicio de determinadas actividades al cumplimiento de requisitos de carácter técnico: en otras leyes sectoriales (de Protección de la Atmósfera, de Costas., de Sanidad, de Residuos, de Transporte Terrestre, de Protección Civil...) está prevista la sujeción de las actividades allí contempladas al cumplimiento de determinadas condiciones técnicas que se precisarán en normas reglamentarias.

La tutela de un bien jurídico determinado, desde un punto de vista de técnica normativa, se caracteriza pues por la confluencia sobre el mismo de un conjunto de normas sectoriales que regulará las distintas actividades que puedan tener un impacto negativo sobre aquél. Así, y en orden a la protección del bien «medio ambiente» se han distinguido las siguientes categorías de normas: «normas reguladoras de producto, normas reguladoras de procesos de producción, normas reguladoras de objetivos o estándares de calidad, normas de emisión, normas de control de procedimientos y requisitos burocráticos documentales...»¹². Estas normas estarán contenidas en disposiciones que, sustantiva y exclusivamente, protegen el medio ambiente, pero también en otras de carácter sanitario, industrial, de regulación de las aguas, de las minas... Otro tanto cabría señalar respecto de la protección de bienes jurídicos tales como la salud pública, la seguridad de los consumidores o la salud y seguridad laborales.

Este universo normativo —cuantitativamente importante y diverso en su fuente de producción— está siendo objeto de un interés creciente por parte de la doctrina, y requiere, para su comprensión, la aprehensión de dos conceptos fundamentales, Reglamentos Técnicos y Normas Técnicas¹³ que, entre otros textos, vienen precisados por la Ley 21/1992, de Industria. Hay que advertir, no obstante, de que debe trascenderse el concreto ámbito de las relaciones industriales al que está referido la Ley de Industria, ya que el concepto de «Reglamento Técnico» se extiende en general a las normas que establecen

¹¹ «El objeto de la seguridad viene establecido con un amplio alcance en el art. 9.1 de la Ley 21/1992: «La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales».

¹² E. ALONSO GARCÍA, «Legislación Sectorial de Medio Ambiente», *RAP* n.º 137, 1995, pp. 57 a 92.

¹³ Sobre estos instrumentos del «Derecho de la técnica» *vid.*, básicamente, V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanc, Valencia 1999; R.J. MOLES I PLAZA, *Derecho y calidad. Régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel Derecho, Barcelona 2001; E. MALARET, «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales», *RAP* n.º 166, 1988, pp. 287 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Industria», en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, *La Ley*, Madrid 1991, pp. 500 y ss.

especificaciones técnicas obligatorias para los ámbitos más diversos, concepto amplio recogido en la legislación y jurisprudencia comunitarios¹⁴. Por su mayor concreción, se prefiere aquí utilizar las definiciones de la Ley de Industria, que en su artículo 8 precisa que se entiende por:

- Reglamento Técnico: La especificación técnica¹⁵ relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición para su fabricación, comercialización o utilización;
- Norma Técnica: La especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con una participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa¹⁶.

El Reglamento Técnico es, así, la norma que completa la correspondiente Ley de cabecera, que hace previsión expresa de la misma, correspondiendo su adopción al Gobierno mediante Real Decreto, sin perjuicio de las eventuales competencias autonómicas para establecer normas adicionales. Se sigue en su elaboración el procedimiento legalmente prescrito para la adopción de Reglamentos, con alguna especialidad¹⁷, y el texto final es objeto de publicación en los diarios correspondientes.

El Reglamento Técnico presenta un doble contenido: de ordenación del sector y de establecimiento de las especificaciones técnicas que deberán concurrir en el producto, proceso o instalación para su oportuna legalización. Esta estructura normativa da lugar a que, en algunos casos, las especificaciones técnicas adquieran sustantividad propia y se presenten bajo la denominación de «Instrucciones Técnicas Complementarias», pudiendo el Real Decreto habilitar al Ministro correspondiente para la adopción y posterior modificación de las Instrucciones¹⁸.

¹⁴ Directiva 98/34/CE, (D.O.L. 204 de 21.07.98), art. 1; Sentencia de 20 de marzo de 1997, *Bic Benelux*, As. C-13/96, *Rec. I*-1753, apdo. 19; Sentencia de 26 de septiembre 2000, *Unilever Italia*, C-443/98, apdo. 25. Estos conceptos son reproducidos en el Real Decreto 1337/1999, que transpone al ordenamiento español la Directiva 98/34/CE.

¹⁵ No define la Ley 21/1992 el concepto «especificación técnica», pero sí lo hace el Decreto 1337/1999.

¹⁶ Además de los trabajos citados en la nota anterior, resulta especialmente ilustrativo, sobre el complejo mundo de las entidades colaboradoras en el ámbito de la calidad industrial (relacionadas en el art. 19 de la Ley 21/1992, de Industria), el de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 13, 1998, pp. 43 y ss.

¹⁷ Impuesta por la Ley 26/1984, General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas que afectan al trámite de informe y a la necesaria audiencia de los sectores afectados; *vid.* V. ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

¹⁸ Ejemplo de esta habilitación, se encuentra en el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (aprobado por Real Decreto 863/1985) que da lugar a la primera Instrucción Técnica Complementaria aprobada por Orden de 26 de abril de 2000 del Ministerio de Industria y Energía (*BOE* n.º 111 de 26.4.2000); en otros casos, por el contrario, se retiene la regulación del doble contenido (normas de carácter general e instrucción técnica) en la disposición del Consejo de Ministros: así, el Real Decreto 2085/1994, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones petrolíferas, que incorpora las correspondientes Instrucciones Técnicas Complementarias, Real Decreto que fue objeto de la STS 30.03.98, *Rep. Ar.* 1998\2834.

La Norma Técnica, por el contrario, no tiene inicialmente carácter normativo, es adoptada por una entidad privada de base representativa, incorpora una actuación repetitiva en el sector y está relacionada con objetivos de calidad impuestos por el propio mercado. No es objeto de publicación sino que, por el contrario, está protegida por las normas de Propiedad Intelectual, si bien existe obligación de acceso y de venta al público en general.

Aunque, en ambos casos, las dos categorías contienen «especificaciones técnicas», puede establecerse, *grosso modo*, la siguiente diferenciación: el Reglamento técnico está fundamentalmente orientado a la protección de intereses generales (la salud pública, la seguridad de trabajadores y consumidores, el medio ambiente ...), radicando en esta finalidad su carácter normativo; por el contrario, la Norma Técnica está orientada a objetivos de calidad industrial, reclamados por el mercado, de forma que, a pesar de su voluntariedad, su recepción por los operadores económicos viene precisamente impuesta por el propio mercado¹⁹.

Ahora bien, la relación entre los Reglamentos Técnicos y las Normas técnicas es una constante en la determinación del régimen jurídico aplicable a un producto o a un proceso o instalación industrial, ya que aquéllos con frecuencia remiten a éstas que quedan así investidas de obligatoriedad. Este proceso de normativización de las Normas Técnicas presenta algunos problemas de encaje en la dogmática sobre el Reglamento, a la que están dedicadas estas jornadas.

b) Sobre la «normativización» por vía reglamentaria de las Normas Técnicas

El Reglamento Técnico puede otorgar obligatoriedad a las normas técnicas básicamente de dos formas:

- en primer lugar, incorporando en su texto el contenido íntegro de la norma técnica: en este caso, la obligatoriedad de la norma técnica trae causa de su integración en una disposición de rango reglamentario, que se tramita y aprueba conforme al procedimiento legalmente previsto y, una vez adoptado, será objeto de publicación;
- en segundo lugar, el Reglamento, en vez de reproducir el contenido de la norma técnica, realiza una remisión a norma técnica, remisión que, a su vez, conoce dos variantes²⁰:
 - remitiendo las especificaciones técnicas a lo establecido en la norma técnica vigente, para ese producto, proceso e instalación en el

¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley 21/1992, de Industria, párr. cuarto.

²⁰ A las que se alude, respectivamente, como remisión estricta y remisión blanda (V. ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 129 y ss.) y como remisión nominada y estática y remisión innominada y dinámica (J. ESTEVE PARDO, *Técnica, Riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 173 y ss.).

momento de adopción de dicho Reglamento (remisión estricta, nominada o estática)²¹;

- remitiendo a las normas técnicas vigentes en cada momento para el producto, proceso o instalación al que están referidos (remisión blanda, innominada o dinámica)²².

En ambos casos, la remisión a norma técnica presenta algunas debilidades desde el punto de vista de la técnica normativa.

Cuando la remisión se hace a la norma técnica vigente al momento de aprobarse el Reglamento, mediante la identificación de su referencia²³, con razón se cuestiona el hecho de que se otorgue fuerza obligatoria a una disposición que no satisfizo el requisito de la publicación íntegra de su contenido²⁴. Recuérdese la distinta consideración —requisito de validez, requisito de eficacia— que la doctrina viene manteniendo respecto de la obligación de publicación, y la exigencia de que la publicación alcance al texto íntegro que en algún supuesto se subraya, como al principio se refirió.

Pero resulta aún más dudosa la admisibilidad del segundo supuesto, la remisión a las «normas técnicas vigentes en cada momento», técnica que encuentra dos obstáculos hoy insalvables en nuestro ordenamiento jurídico.

Por una parte, esta remisión entraña, más allá de la mera habilitación, una delegación de potestad normativa que, aun obviando la admisibilidad constitucional de tal delegación²⁵, lo cierto es que está expresamente proscrita por la legislación vigente²⁶. Pero, además, es que tal remisión implícitamente implica la atribución de potestad reglamentaria en una entidad privada con lo que, obviando lo anterior, entiendo que encontraría otra objeción en sede constitucional: si, como se sostiene, la potestad reglamentaria no es un potestad administrativa, sino intrínsecamente gubernativa, «un poder de sustancia estrictamente política»²⁷, se estaría trascendiendo el entorno del «gobierno» al que el artículo 97 atribuye esa función política²⁸.

Claro está que en algunos casos, en la concreción de determinadas especificaciones técnicas no se estará ejercitando opción «política» alguna. Pero en

²¹ Por cj., Real Decreto 786/2001, Reglamento de Seguridad contra incendios en establecimientos industriales, remite en su art. 15 al apéndice cuatro en el que se establece el listado de las normas técnicas a las que se hace referencia en su texto «identificadas por sus títulos y su numeración».

²² Por cj., Real Decreto 833/1988, sobre Residuos Tóxicos y Peligrosos: su art. 15.2 sujeta las instalaciones de almacenamiento de residuos a la legislación «y las normas técnicas que le sean de aplicación».

²³ Por cj., norma UNE 231.10/1:1996, relativa a «Extintores portátiles de incendios. Parte I».

²⁴ En este sentido, J. MOLÉS, op. cit., p. 152, «no es posible equiparar la publicación íntegra de la norma jurídica con la publicación de la referencia de la norma técnica».

²⁵ V. ÁLVAREZ, op. cit., pp. 168 y ss., afirma esta posibilidad interpretando conjuntamente los arts. 97 y 82 de la Constitución, al entender que, si el art. 97 no excluye expresamente (como hace el art. 82 con la subdelegación) la posibilidad de delegación, ésta debe ser admitida desde la perspectiva constitucional.

²⁶ Art. 13.2 Ley 30/1992 y art. 20.3 Ley 50/1997, en relación, entre otros, con el art. 12.5 Ley 21/1992, de Industria, que atribuye al Gobierno la competencia de adoptar Reglamentos de Seguridad.

²⁷ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 754.

²⁸ V. ÁLVAREZ sostiene la admisibilidad constitucional de la delegación de potestad reglamentaria incluso a favor de entidades privadas, atendiendo en esta ocasión a los casos en los que el ordenamiento admite el poder de los sujetos privados para realizar fuentes del Derecho, tanto escritas —costumbre— como no escritas —convenios colectivos— (op. cit., pp. 178 y ss).

otros, la imposición de un nuevo estadio tecnológico por una norma técnica a la que, por remisión, se ha otorgado obligatoriedad puede determinar consecuencias de mayor calado entre los operadores industriales. En ese caso, la elección de un estadio tecnológico frente a otros posibles no podrá reputarse de simple concreción técnica, sino que se tratará de una opción y elección política propia de una norma jurídica adoptada por el poder público correspondiente²⁹.

En definitiva, se está asignando a las normas técnicas, y a las entidades colaboradoras que la elaboran, una función que trasciende manifiestamente el limitado ámbito de la calidad industrial al que, en principio, están adscritas. Ámbito de calidad que, como señala el Consejo de Estado, presenta, respecto del ámbito de la seguridad industrial, el «relevante matiz diferenciador» de la voluntariedad, frente a la obligatoriedad de aquél, regulado, tal y como prevé la Ley de Industria, por normas jurídicas *stricto sensu*³⁰.

Algunos órganos comunitarios —en particular, el Comité Económico y Social— han manifestado expresamente su preocupación por la eventual «usurpación» de funciones del normalizador y el excesivo protagonismo de la normalización técnica. En consecuencia, reclaman en lo que sea posible una vuelta a los procedimientos normativos habituales, en cuyo marco los Tratados imponen la participación de estos órganos de base representativa, participación marginada cuando las disposiciones técnicas se elaboran por los comités de normalización³¹.

Pero, por otra parte, la objeción de la exigencia de publicidad se agrava aquí respecto del supuesto anterior. Si allí era cuestionable que una disposición pudiera adquirir obligatoriedad con su mera identificación, a través de una referencia, sin publicidad de su texto íntegro, aquí resultaría, simplemente, inadmisibles que pudieran otorgarse dichos efectos a disposiciones que, en el futuro, adopten sin la debida publicidad entidades privadas, disposiciones protegidas por derechos de propiedad intelectual: carecerían, por lo dicho, de toda virtualidad para imponerse, de, simplemente, efecto jurídico alguno³².

No obstante, hay que señalar que las normas técnicas no carecen absolutamente de publicación, puesto que el Reglamento para la Infraestructura y Calidad Industrial³³ señala entre las obligaciones de los Organismos de Normalización la de remitir a la Administración la relación de los proyectos en fase de aprobación, para su sometimiento a información pública en el BOE (art. 11, apdo. e/) así como, mensualmente, la relación de normas aprobadas y anuladas identificadas por su título y su código numérico para su publicación en el

²⁹ Superándose de esta forma las limitaciones a las que está sujeta la técnica de las remisiones reglamentarias: más arriba se señalaba que las Órdenes Ministeriales resultantes debían presentar un carácter «estricto y rigurosamente ejecutivo de normas sustanciales que el propio Decreto contenga» no pudiendo crear «Derecho material nuevo, con directivas políticas o jurídicas propias» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 189).

³⁰ Dictamen de 16 de noviembre de 1995.

³¹ *Vid.* Ramón J. MOLÉS, op. cit., p. 173, donde se reproduce parcialmente la opinión del Comité.

³² De igual criterio, J. ESTEVE PARDO, op. cit., p. 175.

³³ Aprobado por Real Decreto 220/1995.

BOE (art. 11, apdo. f)). En consecuencia, cada año aparecen publicadas varias decenas de resoluciones de la Dirección General de Política Tecnológica en cumplimiento de esta previsión.

Quizás una solución más acertada es la contenida en el reciente Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales, aprobado por Real Decreto 786/2001, en tanto concilia mejor la necesidad de una permanente actualización tecnológica que parece subyacer en la remisión «innominada» o blanda, con la mayor ortodoxia de la técnica normativa que es predicable de la remisión «nominada» o rígida. En su artículo 15 establece:

1. Las normas técnicas (UNE, EN u otras) a que se hace referencia total o parcialmente en los apéndices de este Reglamento, son las que reflejan el estado de la técnica aplicable a las instalaciones que regula. El listado de las citadas en el texto se recoge en el apéndice 4, identificadas por sus títulos y numeración, que incluye el año de su edición.

Por *Orden del Ministro* de Ciencia y Tecnología, se publicará el listado actualizado de las normas cuando varíe su año de edición. En esta Orden, se hará constar la fecha a partir de la cual la utilización de la nueva edición de la norma será válida y la fecha a partir de la cual la utilización de la antigua edición de la norma dejará de serlo, a efectos reglamentarios.

c) *La consideración de la fase «transnacional» de aprobación de Reglamentos Técnicos*

Haciendo abstracción de las objeciones anteriores, no acaban las peculiaridades de esta categoría normativa que denominamos «Reglamentos Técnicos».

Una ulterior se presenta en relación a su procedimiento de aprobación. Como se ha dicho, el procedimiento de elaboración es el que prescribe para los Reglamentos la legislación vigente, básicamente en el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno. Sin embargo, esta tramitación no desemboca, como es usual, en la adopción de un proyecto de disposición que se eleva³⁴ al Consejo de Ministros para su aprobación y posterior aprobación. Adoptado el proyecto, se inicia en ese momento una segunda fase, o un segundo procedimiento, que tiene lugar en el marco comunitario y que determinará, o no, su aprobación definitiva.

Esta segunda fase en la tramitación de un Reglamento Técnico está regulada en la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la

³⁴ Según lo establecido en las Instrucciones para la tramitación de Asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas³⁵. De este procedimiento, regulado en el artículo 8, destacamos:

- el Estado debe comunicar a la Comisión el proyecto de Reglamento técnico (notificación motivada que, en algunos casos, debe incluir los antecedentes fácticos, científicos así como los efectos esperados de la disposición), remitiéndose a continuación a los demás Estados miembros el expediente completo;
- la Comisión y los Estados miembros pueden dirigir al Estado que notificó su proyecto «observaciones» que debe tener en cuenta «en la medida de lo posible» en el momento de la adopción definitiva del Reglamento técnico, texto definitivo que también debe ser notificado;
- desde la comunicación inicial, se «aplaza» la adopción del reglamento por un período que oscila entre los tres y los doce meses, dependiendo de que se alegue (por la Comisión u otro Estado) efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías, o de que se comuniquen por la Comisión que la reglamentación se incorporará en una norma comunitaria, entre otras circunstancias.

El Real Decreto 1337/1999³⁶, que transpone a nuestro ordenamiento esta Directiva, concreta en la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea el órgano competente de relación entre las Administraciones Públicas que tramiten el Reglamento y la Comisión: esto es, para recibir el proyecto y remitirlo a la Comisión, para recibir de ésta las eventuales observaciones y remitirla a las Administraciones correspondientes quienes, después, deberán trasladarle el texto definitivo para su envío a la Comisión.

Sin embargo, nada dice la Directiva sobre los efectos que se deducen de la infracción del deber de «comunicar» o de no incorporar las «observaciones» planteadas por la Comisión y los demás Estados miembros. Ha sido, de nuevo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quien ha fijado y determinado las consecuencias jurídicas que siguen al incumplimiento de las obligaciones de información y paralización en la tramitación normativa impuestas en la Directiva.

El Tribunal califica el régimen de notificación establecido en la Directiva como «sistema de control preventivo» que posibilita a la Comisión y a los Estados proponer modificaciones sobre el proyecto de Reglamento técnico, sistema

³⁵ D.O.L. 204 de 21.07.98, modificada por la Directiva 98/48/CE que extiende las obligaciones de información a los reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información. La Directiva asimismo sujeta a información los ámbitos para los que los organismos de normalización proyecten nuevas normas técnicas o modificación de las existentes. Con su entrada en vigor queda derogada la anterior Directiva 83/189/CEE, objeto de sucesivas modificaciones y cuya aplicación ha generado una abundante jurisprudencia.

³⁶ Por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información, B.O.E. n.º 185, de 4 de agosto 1999.

dirigido a proteger la libre circulación de mercancías. Respecto de los efectos de incumplir las obligaciones que se establecen en la Directiva, el Tribunal ha declarado la «inoponibilidad de los reglamentos técnicos no notificados», lo que comprende, básicamente, que:

- las autoridades nacionales no pueden imponer su cumplimiento («no pueden ser invocados») frente a los particulares, y en consecuencia «incumbe al juez nacional negarse a aplicar un reglamento técnico que no haya sido notificado conforme a la Directiva»³⁷;
- la inoponibilidad trae causa en que la falta de notificación «constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a su inaplicabilidad»³⁸;
- la inoponibilidad impone, también, la obligación de inaplicar para el juez nacional, en el marco de un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, un Reglamento técnico nacional adoptado durante el período de aplazamiento previsto en la Directiva³⁹.

Por lo que hace a la obligación de incorporar «en la medida de lo posible» (dice literalmente la Directiva) las observaciones de la Comisión o de otros Estados, en la Sentencia de 22 de octubre de 1998, *foie grass*⁴⁰, se interpreta dicha obligación de tal forma que lleva a un resultado equivalente a otorgar un «derecho de enmienda» a la Comisión. Se trataba de un proyecto de Reglamento técnico, notificado en cumplimiento de la Directiva, sobre el que la Comisión impone un precepto determinado que, finalmente, no es incorporado en el texto definitivo.

³⁷ Sentencia de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, As. C-194/94, *Rec.* I-2201 y Sentencia de 26 de diciembre 2000, *Unilever-Central Food*, As. C-443/98. Sobre esta doctrina *vid.* J. LÓPEZ ESCUDERO, «Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23 n.º 3, 1996, pp. 839 y ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «La anulabilidad de los reglamentos técnicos nacionales no notificados en el ámbito de la Directiva 83/189/CEE: Efectos de la jurisprudencia Security International en la realización del Mercado Interior», *Comunidad Económica Aranzadi*, n.º 11, 1996, pp. 37 y ss.

³⁸ Esto es, si el reglamento incide negativamente en la utilización o comercialización de un producto, «aunque no convierte en ilegal toda utilización de un producto que se ajuste a los reglamentos no notificados», según precisó en la Sentencia de 16 de junio de 1998, *Lemmens* (As. C-226/97, *Rec.* I-3711), en la que se cuestionaba por un conductor la conformidad de una prueba de alcoholemia realizada por un aparato que se sujetaba a un Reglamento técnico no notificado. Sobre el particular, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «Inaplicabilidad por los jueces nacionales de las reglamentaciones técnicas no notificadas a la Comisión Europea: la sentencia Lemmens del TJCE», *Gaceta Jurídica* n.º 201, 1999, pp. 45 y ss.

³⁹ Lo que se señala en la Sentencia de 26 de septiembre 2000, citada: se trataba de un contrato de suministro de aceite de oliva celebrado antes de la adopción de la Ley italiana que regulaba el etiquetado de este producto. El proyecto fue comunicado a la Comisión quien se opuso a su adopción, lo que no evitó su aprobación por el Parlamento. Bajo la nueva normativa, el producto no podía ser comercializado, lo que provocó, al cumplimiento del contrato, que el cliente conminara al proveedor a retirar la mercancía recibida: esta situación dio lugar a un proceso civil en el que, básicamente, el proveedor alegaba la inaplicación de la Ley controvertida en tanto se adoptó en violación de la Directiva, posición ratificada, vía cuestión prejudicial, por el Tribunal de Luxemburgo.

⁴⁰ As. C-184/96, *Rec.* I-6219.

El asunto es interesante por distintos conceptos⁴¹, pero interesa aquí distinguir claramente que:

- la Comisión no puede impugnar directamente la norma nacional si es finalmente adoptada, puesto que sus «observaciones» no tienen el efecto, según la Directiva, de vincular y obligar al Estado, que debe incorporarlas «en la medida de lo posible»;
- no obstante, la Comisión podrá seguir esgrimiendo su criterio, frente al del Estado, en el marco de un Recurso por Incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, una vez satisfecha, sin éxito, la fase precontenciosa que precede al acceso al Tribunal⁴².

En el caso examinado, la Comisión reitera sus observaciones al Reglamento nacional incorporándolas al «dictamen motivado», que se emite en la fase precontenciosa, en el que ahora además se solicita que se atenga a su criterio (esto es, que modifique el Reglamento debatido). En la fase jurisdiccional, el Tribunal aprecia los efectos discriminatorios del Reglamento, que se hubieran evitado incluyendo el precepto sugerido por la Comisión.

Al margen de otras consideraciones, en esta fase transnacional de aprobación del Reglamento Técnico nacional aparece un problema relacionado con el acceso a la jurisdicción. En el marco del Recurso de Incumplimiento, el Estado podrá oponer frente a la Comisión sus argumentos favorables al mantenimiento de la norma cuestionada, pero sólo podrá hacerlo el Estado, ya que, en el marco de este Recurso, sólo los Estados, no los particulares o asociaciones, tendrán ocasión de formular oposición⁴³. Así, de considerarse interesada la oposición de algún Estado a la adopción definitiva del proyecto de Reglamento Técnico a aprobar por otro Estado —por considerar, por ejemplo, que tal oposición reviste un carácter proteccionista respecto a su propio *status* tecnológico u otra razón— ni personas privadas ni públicas distintas a la estatal podrán hacerse oír ante el órgano jurisdiccional cuando se esté dirimiendo el mantenimiento de esta norma (¿nacional?).

Puede, pues, sostenerse que el procedimiento de «información» establecido en la Directiva 98/34/CE más allá de constituir una mera comunicación a efectos informativos articula una segunda fase en el procedimiento de elabora-

⁴¹ Entre otros, porque la «observación» de la Comisión consistía en la obligación de incorporar en el Reglamento Técnico nacional una cláusula de reconocimiento mutuo, principio de formulación jurisprudencial, que los Tratados no mencionan, que por esta vía se impone normativamente al Estado en cuestión. Sobre este principio, S. MARTÍNEZ LAGE, «El reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, n.º B-96, 1994, pp. 1 y ss.; J. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE* n.º D-19 1993, pp. 117 y ss.

⁴² Art. 226 TCE. Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.

⁴³ Por excluirlo expresamente el art. 37 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

ción de un Reglamento⁴⁴, que tiene la peculiaridad de desarrollarse más allá de las fronteras del Estado que, en su caso, finalmente lo adoptará. La elusión de esta segunda fase, ha dicho el Tribunal, constituye un «vicio sustancial» de procedimiento que impedirá su plena eficacia en la medida en que, de su aplicación, se deriven determinados efectos (la obstaculización de la libre circulación de mercancías).

Habría que ubicar este supuesto en el marco general de uno de los importantes efectos que, para el Derecho administrativo, está determinando la consideración del territorio comunitario como ámbito unitario de eficacia de normas jurídicas: la transnacionalización de procedimientos nacionales⁴⁵. Dicho efecto —predicable comúnmente de algunos procedimientos administrativos, pero también, como se ve, normativos— transcurre paralelo a la transnacionalización de las relaciones entre los sujetos comunitarios de derecho y, por lo tanto, a la «transnacionalización» del ámbito en el que las normas comunitarias surten efectos. Es una consecuencia lógica. Sin embargo, no parece que el ordenamiento comunitario haya prestado suficiente atención a los problemas que pueden derivar de hacer abstracción de la subsistencia, a muchísimos efectos, de fronteras nacionales, reclamando a mi juicio especial y urgente remedio los problemas de justiciabilidad de decisiones parcialmente adoptadas allende las fronteras nacionales y que surten efectos en el interior de un Estado.

3. LA CUESTIÓN DE LAS CLÁUSULAS TÉCNICAS

Es frecuente, en la categoría de disposiciones que venimos analizando, que se establezca una subordinación permanente de la actividad que se regula a los avances e innovaciones que proporcione el progreso tecnológico, en el sentido de que ello redundará en un menor impacto de la actividad sobre el bien jurídico que dicha disposición pretende tutelar.

Esta subordinación puede hacerse de dos formas. En primer lugar, remitiendo al avance tecnológico que ya se ha incorporado en una norma —jurídica o técnica—, en los términos que acabamos de ver. Pero también, en segundo lugar, es posible —y ahora veremos si lo es jurídicamente— imponer a la actividad regulada la incorporación de las mejoras tecnológicas que pueda proporcionar el progreso científico, sin referencia alguna a la previa normativización de dichos avances: es el supuesto de sujeción de la actividad a las

⁴⁴ Lo que tiene previsión expresa en el art. 10 de la Ley 30/92, que regula las «Comunicaciones a las Comunidades Europeas», regulación orientada a la perspectiva de las relaciones entre la Administración General del Estado y las demás Administraciones a los efectos de estas comunicaciones.

⁴⁵ Recientemente, se viene prestando atención a este fenómeno: así, entre nosotros, S. GALERA RODRIGO, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Civitas 1998; A. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, 1998; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000; A.M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons -Univ. Carlos III, Madrid 1998.

denominadas «cláusulas técnicas», referidas en las normas bajo la fórmula «estado de la técnica», «mejor tecnología disponible» y expresiones similares.

A través de estas cláusulas «se opera una remisión abierta y permanente al nivel de desarrollo tecnológico de cada momento y a las exigencias que de él pudieran derivarse para la actividad o instalación anteriormente autorizada»⁴⁶.

Aunque la técnica no es desconocida en nuestro ordenamiento⁴⁷, el concepto se ha acuñado y definido, con carácter general, en la Directiva 96/61/CE, del Consejo, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, que entiende por «mejores técnicas disponibles» (art. 2.11)

«la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límites de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente»,

definición que se completa con la precisión del alcance de los términos «técnicas», «disponibles» y «mejores». Por lo que aquí interesa, señalamos que la Directiva:

- subordina el otorgamiento de la autorización correspondiente a la adopción de medidas que apliquen las «mejores tecnologías disponibles» (art. 3.a);
- prescribe que la autorización especifique los valores límites de emisión para sustancias contaminantes (art. 9.3);
- no obstante, excluye la concreción normativa de los valores límite, ni siquiera por remisión; así, el artículo 9.41 establece que «los valores límite ... se basarán en las mejores tecnologías disponibles sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología *específica*»;
- impone a la autoridad administrativa la revisión de las autorizaciones cuando cambien de forma importante las mejores tecnologías disponibles (art. 13.2) que han quedado definidas con referencia a parámetros técnicos, económicos y de rentabilidad (art. 2.11) con marginación absoluta de cualquier referencia normativa.

La Ley 16/2002, de Prevención y Control integrados de la contaminación que traspone la Directiva⁴⁸, reproduce los conceptos y prescripciones anteriores. Entre los supuestos que pueden dar lugar a la modificación de la autorización, se encuentra que «resulte posible reducir significativamente las emisio-

⁴⁶ J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, cit, p. 93.

⁴⁷ Así, pueden citarse entre las disposiciones que acuden a la cláusula técnica, para subordinar la actividad regulada a un progreso científico y tecnológico «sin normativizar» la Ley 38/1972 de Protección del Medio Ambiente Atmosférico (art. 3.2); el Decreto 833/1975, que desarrolla la anterior (arts. 23, 49 y 72.1), la Ley 22/1988, de Costas (art. 57.3), entre otras.

⁴⁸ B.O.E. 2.7.2002.

nes sin imponer costes excesivos a consecuencia de importantes cambios en las mejoras técnicas disponibles⁴⁹.

Se viene argumentando que esta remisión, que se articula a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, se explica en base a la incapacidad de un ordenamiento que resulta insuficiente allí donde se ve desbordado por el avance y la complejidad técnica, teniendo que acudir a lo que en los peculiares foros de la técnica se considere adecuado⁵⁰. Otra explicación tendría en consideración la imposibilidad de haber adoptado una norma técnica por no existir consenso en el seno del organismo de normalización, dada la base consensual de estas normas y la eventual oposición de algún sector afectado por las consecuencias económicas que traería la incorporación de esa tecnología disponible⁵¹.

Con prudencia se ha interpretado que las «nuevas tecnologías disponibles» no son identificables con las «más avanzadas técnicas» que aún podrían encontrarse en fase de investigación y experimentación, sino con «las innovaciones tecnológicas generalmente aceptadas, ya experimentadas y disponibles en el mercado»⁵². Dada esa general aceptación y disponibilidad, ¿qué imposibilidad hay para que se incorporen a normas de general conocimiento?, ¿cuál es el obstáculo insalvable para que la Administración —directamente o a través de sus entidades colaboradoras— otorguen publicidad a una situación fáctica perfectamente asentada en el mercado?

Si, como se dice, no es posible por falta de consenso, que se incorporen en una norma técnica por un organismo de normalización, ¿qué problema hay para que se imponga, unilateralmente, en un Reglamento que, además, reúne todos los requisitos de publicidad que deben concurrir en las disposiciones que crean obligaciones en los administrados?⁵³

Por otra parte, no parece aquí ortodoxo recurrir a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, técnica que corresponde a supuestos en los que no es posible una determinación más precisa, más delimitada de la realidad considerada en la norma⁵⁴; concepto jurídico indeterminado es aquél de «definición normativa *necesariamente* imprecisa, ... acotan una realidad de forma

⁴⁹ Art. 26.1.b/, remitiendo a un procedimiento simplificado, adoptado reglamentariamente, por el que se tramitará la revisión.

⁵⁰ J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, cit., p. 73. En otra parte, con rotundidad afirma que «no puede vivirse más de la nostalgia de la seguridad jurídica y la precisión normativa: es ya ineludible encararse con la incerteza. La cláusula técnica es un exponente de esta inflexión y lo procedente no es la espera de normas que la concreten, sino apurar el sentido, funcionalidad y criterios de aplicación de esta cláusula» («La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP* n.º 149, 1999, p. 47).

⁵¹ V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, cit., p. 135.

⁵² J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, cit., p. 97.

⁵³ La STS 5.4.99 (Rep. Ar. 19913487) declara nula la atribución de funciones para establecer «normas técnicas en materia de equipamiento de centros educativos» a un Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Educación, puesto que, analizado el ordenamiento vigente, «son las empresas y entidades privadas las que ejercen las competencias de normalización». Lo que no obsta, entiendo, a que las especificaciones técnicas que hubieran de reflejarse en las normas técnicas se incorporen en un Reglamento técnico.

⁵⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., Civitas, Madrid 2000, p. 461.

necesariamente imperfecta»⁵⁵. Por el contrario, el concepto «mejor tecnología disponible», y expresiones similares, tiene su correlato en criterios tecnológicos «generalmente aceptados y disponibles en el mercado»⁵⁶. En consecuencia, se trata, pues, de un concepto determinado y concretado por la realidad con suficiente antelación y generalidad como para impedir su indeterminación en la norma: la *necesidad* de la indeterminación normativa queda, pues, desmentida por la realidad.

Un ulterior requisito para la exigibilidad, en términos de la Directiva, de las «mejores tecnologías disponibles» es que sean «técnica y económicamente viables», presupuesto, éste sí, que constituye un concepto jurídico indeterminado que requiere, para su aplicación, un análisis de los costos y de la capacidad financiera de asimilación del concreto operador económico.

Desde esta perspectiva, y en relación a las normas europeas que incluyen esta cláusula, se ha sostenido que «en las propias Directivas es dudoso que constituyan, técnicamente hablando, conceptos jurídicos indeterminados en vez de ámbitos dejados a la libre discrecionalidad soberana de los Estados miembros»⁵⁷, convirtiéndose en conceptos jurídicos indeterminados cuando la Directiva, en sus términos literales, son transpuestas a los Derechos internos.

La norma española de trasposición, la Ley 16/2002, pone de manifiesto que, en efecto, y en uso de esta «discrecionalidad soberana» el legislador español ha preferido reproducir la pretendida indeterminación del concepto a concretar en lo posible su alcance. Una débil concreción se prevé en la ley, al establecerse (art. 8.1) que «la Administración General del Estado suministrará a las Comunidades Autónomas la información que obre en su poder sobre las mejoras técnicas disponibles, sus prescripciones de control y su evolución y, en su caso, elaborará guías sectoriales sobre las mismas». Nótese, sin embargo, que tales «informaciones» carecen de valor normativo o vinculante, aun cuando se prevé su carácter público (apdo. 5, art. 8).

En este sentido, alguna norma autonómica subordina la habilitación para exigir la adecuación a las mejores técnicas disponibles «a que las mismas estén validadas por la Unión Europea»⁵⁸, subordinación ambigua pero que permite interpretar, en el sentido más conforme con la seguridad jurídica, que la validación tiene origen en los organismos europeos que ordinariamente asumen estas funciones y en cuyo ejercicio no prescinden de la exigencia de publicidad.

Con mayor concreción, el citado Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales precisa que las normas técnicas que figuran en sus apéndices son «las que reflejan el estado de la técnica aplicable

⁵⁵ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Derecho Administrativo*, cit., p. 132.

⁵⁶ Valga como referencia el criterio jurisprudencial exige a las empresas ya autorizadas la incorporación de la tecnología que resulta exigible para la autorización de nuevas empresas, que debe completarse con aquel otro que considera el impacto económico de tal exigencia, J. ESTEVE, *Técnica...*, cit., p. 98.

⁵⁷ E. ALONSO GARCÍA, op. cit., p. 87.

⁵⁸ Ley 3/1998, del Parlamento de Cataluña, de Control Integrado de la Contaminación.

a las instalaciones que regula». Esta relación de normas técnicas, adoptadas por los organismos de normalización, será actualizada y publicada por Orden del Ministro correspondiente; Orden que deberá precisar la fecha que adquirirán unas y perderán otras validez «a efectos reglamentarios»⁵⁹.

4. REFLEXIÓN FINAL

Es evidente que las sociedades industriales plantean al Derecho un reto importante: satisfacer una demanda social creciente de tutela de determinados intereses generales, impone la asunción en los correspondientes instrumentos jurídicos de un desarrollo científico y tecnológico de rapidísima progresión, en la medida en que tal desarrollo haga posible una mejor protección de aquellos intereses.

La tutela de intereses generales tales como el medio ambiente, la salud y seguridad (entendidos en términos cada vez más amplios), al tiempo que constituye una demanda de los individuos que conforman estas sociedades, debe equilibrarse y cohererse con el *status* jurídico y las garantías que a dichos individuos se les reconoce, puesto que dicha tutela a menudo tendrá un efecto limitador sobre sus libertades y sus derechos, especialmente, sobre sus libertades económicas, sobre su derecho de propiedad.

Por ello, no se justifica, a mi entender, que este reto conduzca a admitir que se maten principios constitucionalizados como la seguridad jurídica y la publicidad de las normas, o se extienda la interpretación del artículo 97 CE al extremo de entender posible la habilitación en favor de sujetos «colaboradores» de la Administración para el ejercicio de potestad reglamentaria.

Se han referido algunos supuestos inadmisibles desde la perspectiva de la técnica normativa: el caso de las «remisiones blandas» a normas técnicas, realizadas por disposiciones reglamentarias, va mucho más allá de lo que le es permitido a la técnica de la remisión reglamentaria; supone de hecho la delegación de facultades normativas a entidades privadas y pretende otorgar obligatoriedad a normas que carecen de la debida publicidad.

En otros casos, la colisión con las exigencias de legalidad no son tan flagrantes, aunque no dejan de presentar problemas. La remisión (rígida) sistemática que hacen las normas reglamentarias a las denominadas «normas técnicas» desvirtúa por completo el sentido en el que éstas fueron concebidas: recuérdese —en expresión de la Exposición de Motivos de Ley de Industria que se viene comentando— que se trata de supuestos en los que se recurre a la colaboración de entidades privadas, para que elaboren normas de carácter voluntario en el ámbito de la calidad industrial. En principio, su voluntariedad constituye el «relevante *ratio*» que las diferencia de las normas jurídicas, en sentido estricto, que regulan el ámbito de la seguridad, como subraya el citado

⁵⁹ Art. 15, Real Decreto 786/2001, que aprueba dicho Reglamento.

Dictamen del Consejo de Estado de 16 de noviembre de 1995. Sin embargo, la técnica de la remisión atribuye a estos instrumentos voluntarios un importante papel en la regulación de la seguridad y en la tutela de intereses generales, al tiempo que se convierten en obligatorias como si de auténticas normas jurídicas se tratara.

Por último, se ha aludido a la inclusión de conceptos jurídicos que quedan indeterminados en la norma: «mejor tecnología disponible» y expresiones similares. Se opta por una indeterminación, que en ocasiones no se justifica, en tanto el concepto indeterminado en la norma esté perfectamente determinado, de forma notoria y generalizada, en la realidad. En estos casos, y de no ser posible el reglamento técnico, bastaría con acudir a la técnica de la remisión (rígida) que, no obstante las objeciones que se le pueden oponer, proporciona mayor seguridad que la indeterminación normativa de unos presupuestos fácticos con los que se habrá de enfrentar el órgano administrativo.

Entiendo, pues, que la dogmática tradicional proporciona suficientes instrumentos para que una Administración auténticamente eficiente y servicial, al aplicar un ordenamiento jurídico —también elaborado desde la ortodoxia que el sistema de legalidad impone—, pueda responder a los retos que las sociedades industriales y tecnológicas plantean.

DOCUMENTOS

