

DERECHO Y MEDIO AMBIENTE: PROBLEMAS GENERALES

EL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
COMO DERECHO DE DECISIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS

José ESTEVE PARDO

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

CONFERENCIA TRANSCRITA

V SEMINARIO PERMANENTE DE PROFESORES DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
CURSO 2005/2006: «DERECHO Y MEDIO AMBIENTE»
SESIÓN INAUGURAL

AULA MAGNA DEL EDIFICIO QUINTILIANO (UNIVERSIDAD DE LA RIOJA).
LOGROÑO, 16 DE MARZO DE 2006.

s u m a r i o

I. El concepto de riesgo y su origen tecnológico. II. De la policía y el orden público, a la gestión de riesgos y la opción del riesgo permitido. III. El reto del tratamiento de la incertidumbre. IV. La contracción del Derecho y la expansión del sistema de la técnica. Consideraciones críticas.

No tanto es un honor inmerecido, el de situarme en la apertura de este Seminario, en agradecimiento sobre todo por la ocasión que se me ofrece de volver aquí a Logroño y a La Rioja, una tierra entrañable que he podido volver a saborear en el día de hoy, acompañado por el profesor Antonio Fanlo. Quiero destacar también su interés para que pueda iniciarse este Seminario con mi participación y destacar que, en el profesor Antonio Fanlo, tienen ustedes, como habrán podido comprobar sobradamente, un magnífico universitario, un magnífico administrativista en esta facultad. Por mi parte, además, tengo

que decir que también es un muy buen amigo mío. La prueba de ello está en que me ha ofrecido absoluta libertad para mi intervención, es decir, la mía es una intervención innominada, es un tema concreto, problemas generales.

El tema que él ha sugerido, efectivamente, es un tema que en el que con el tiempo, se ha venido, yo creo, consolidando la idea, la convicción, hoy ya plenamente asumida, no sólo en círculos doctrinales, sino también en la propia jurisprudencia y en la legislación y, evidentemente, no es ni muchísimo menos una aportación mía, aunque es un fenómeno que pude contemplar desde hace tiempo: el de la centralidad del riesgo en el Derecho ambiental. El derecho al medio ambiente es fundamentalmente, –estamos todos de acuerdo en eso–, un derecho muy novedoso, un derecho de vanguardia, un derecho que tiene que enfrentarse a una serie de retos que luego sacuden también a otros ordenamientos jurídicos. Es un derecho, por así decirlo, experimental en el sentido de que es un derecho que va abriendo brechas y se va topando con lo más intrincado y lo más complejo de la sociedad post-industrial en la que nos ha tocado vivir.

Esa va a ser, por tanto, un poco mi línea de progresión a lo largo de mi intervención, que espero sea breve, es decir, qué tipo de implicaciones tiene para el derecho del medio ambiente el que su objeto venga a estar centrado y nucleado fundamentalmente en torno a la idea del riesgo.

I. El concepto de riesgo y su origen tecnológico.

Todo el despliegue y desarrollo del derecho ambiental opera, fundamentalmente, sobre los riesgos al medio ambiente que se generan desde el entramado tecnológico, el entramado industrial que hemos venido elaborando en los últimos siglos.

El concepto de riesgo se adscribe inequívocamente a la técnica. Los riesgos –al menos tal y como están yo creo que ya definitivamente perfilados en su concepto–, tienen un origen siempre tecnológico. Aquí está la diferencia un tanto convencional, si se quiere, pero útil a nuestros efectos, entre riesgo y peligro. El peligro tiene un origen natural, son peligros naturales. No hay intervención humana en la generación de los peligros, mientras que el riesgo tiene un origen tecnológico. Detrás de un riesgo siempre hay, ineludiblemente, una tecnología, y detrás de una tecnología siempre hay un conjunto de decisiones humanas.

No somos, por tanto, responsables frente a los peligros de origen natural, pues no los hemos generado, pero sí que somos responsables frente a los riesgos. Los peligros no constituyen materia para el Derecho. Los riesgos sí y central. Es más, cualquier sociedad desde sus inicios se encara frente a un medio natural que le es hostil, que le ofrece una serie de limitaciones, que le presenta una serie de peligros y esos peligros siempre, ineludiblemente, se han venido combatiendo, se han venido neutralizando, se han venido superando, mediante tecnología. La técnica, –esto lo afirma muy claramente Ortega y Gasset–, es todo aquello que se interpone entre nosotros y la naturaleza, es decir, es todo aquello que los seres humanos hemos venido desarrollando con el objeto de dominar la naturaleza, de doblegar y neutralizar los peligros que tienen su origen en ella.

Es así como se ha producido todo un desarrollo industrial y tecnológico que nos ha permitido superar toda una serie de peligros, a los cuales ya, afortunadamente, no estamos expuestos. Los peligros de hambrunas, de inanición, peligros que acosaban a nuestros antecesores en dos o tres generaciones, incluso menos. Esos peligros han sido superados,

afortunadamente, en las sociedades avanzadas aunque, evidente y lamentablemente, esos peligros no han sido todavía alejados del llamado tercer mundo. Pero allí donde los hemos superado ha sido, invariablemente, mediante el desarrollo de una tecnología. Así, los peligros derivados de la falta de alimentación han sido superados mediante el desarrollo de una tecnología, de una industria: de la industria alimentaria.

Los peligros derivados de la falta de energía, los problemas que podíamos encontrarnos –y que todavía lamentablemente en otras partes del planeta se encuentran– frente a heladas o fríos, es decir, las necesidades de energía han sido también superadas mediante una industria, una tecnología: la industria energética.

Lo mismo puede decirse en el plano sanitario, en el plano farmacológico o en algo tan sencillo, tan elemental y tan objetivo que ofrece la naturaleza que son las distancias físicas. Es decir, los quinientos kilómetros que separan una ciudad de otra. También hemos desarrollado todo tipo de tecnologías para superar, para aminorar las distancias: vehículos de motor, aviones, aeropuertos, infraestructuras, carreteras, tecnologías de la comunicación, telecomunicaciones, telefonía móvil... toda una serie de tecnologías que nos han servido y hemos utilizado, precisamente, para superar, para aminorar las distancias. Hasta hablar, como hoy se hace no sin presunción, de la muerte de la distancia.

El problema está en que todas estas tecnologías no son, ni mucho menos, inocuas. Son unas tecnologías que, en principio, preferimos a los peligros que con ellas se pretenden superar, pero que generan también riesgos. Estos son los riesgos, muy novedosos algunos, que derivan, por ejemplo, de la industria alimentaria; los riesgos que derivan de la industria energética, de la generación, del transporte de energía; los riesgos que derivan de todas las infraestructuras y medios técnicos para superar las distancias.

Todo este desarrollo tecnológico genera una gran variedad de riesgos y muchos de ellos, destacadamente, son riesgos que constituyen el objeto de atención fundamental del Derecho medioambiental: los riesgos que estas tecnologías generan para el medio ambiente.

Con relación al progreso tecnológico y al progreso industrial hubo, sobre todo a lo largo del siglo XIX, un extendido y cerrado consenso social. El siglo XIX se caracterizó, y todo el sistema jurídico también quedó marcado, por ofrecer una decidida cobertura al progreso tecnológico, incentivándolo y protegiéndolo. Ello era así porque ese progreso técnico nos libraba de muchas amenazas, de peligros naturales, de muchas enfermedades e infecciones que aquejaban a nuestros antecesores.

Es hoy, sin embargo, evidente que ese consenso social sobre el progreso industrial y el progreso tecnológico se ha roto desde tiempos recientes. Y en medio de esa ruptura es donde se sitúa, entre otros, el Derecho medioambiental. En buena medida el Derecho medioambiental no es más que la expresión de la ruptura social que se produce en torno al progreso técnico e industrial. Es un Derecho que se levanta a la vista de la percepción o de lo que pueda considerarse el lado oscuro del progreso.

Y en cualquier caso, siempre que se plantee un conflicto medioambiental, en cualquier conflicto que ordinariamente pueda suscitarse en torno a una gran obra pública, a una instalación industrial, a una operación urbanística, etc, se reproduce, en cada conflicto, esa ruptura social en torno al progreso material y técnico. En cualquier conflicto hay partidarios de que esa instalación se autorice o esa obra se ejecute porque eso significa desarrollo económico, generación de puestos de trabajo, progreso industrial, es decir, eso significa generación de riqueza; mientras que habrá otro sector o habrá otra posición que tendrá un planteamiento mucho más crítico al percibir y al poner de manifiesto los aspectos negativos, el lado oscuro de ese progreso tecnológico, de esa actividad industrial o esa transformación del entorno para el medio ambiente.

II. De la policía administrativa y el orden público, a la gestión de riesgos y la opción por el riesgo permitido.

Que el riesgo se erija así en el centro de las preocupaciones del Derecho medioambiental exige o nos reclama un cambio de perspectiva y un cambio de encuadre conceptual del Derecho del medio ambiente, que se está produciendo de hecho, Tradicionalmente, –y quizás esto lo hemos acusado más los administrativistas–, el Derecho del medio ambiente se adscribía, en sus primeros desarrollos, a la parrilla conceptual propia de la policía administrativa. Las técnicas de intervención ambiental eran las propias de la policía administrativa: autorizaciones, inspecciones, sanciones. Ese esquema, ese encuadre, esa parrilla, como confirman los hechos, está claramente desajustada a la realidad porque la policía administrativa y las técnicas de intervención tradicionales han venido operando en torno a una serie de conceptos. Destacadamente, en cuanto a la intervención de la policía administrativa el concepto central, el concepto clave, era el concepto de orden público: orden público no solamente en lo político, en evitar alteraciones callejeras, es decir, orden público en el plano de lo social, sino que el orden público también se extendió después al orden público económico, al orden público sanitario, de salubridad. Se habla así de policía en materia forestal, de policía de prevención de incendios, policía demanial para la protección de recursos naturales.

El orden público es un concepto que admite un nivel cero, un nivel de pleno orden público. Y este es el objetivo final de la policía administrativa. Es común la expresión de mantenimiento o, en su caso, restablecimiento –que es mucho más significativo– del orden público. El orden público, el que sea, por un incendio, por una infección, en alguna situación determinada se ve alterado y se aspira, con todo fundamento, a su restablecimiento, es decir, a que esa alteración del orden público se erradique por completo.

Esta aspiración, con relación a los riesgos, es una aspiración absolutamente utópica y absolutamente banal. No podemos aspirar a un riesgo cero. El riesgo cero –y esto está afirmado y reafirmado ya plenamente por la jurisprudencia estatal, nacional y europea con absoluta normalidad–, no existe, es inalcanzable. El riesgo cero lo alcanzaríamos sólo mediante la total desactivación del tejido industrial, volviendo a un estado de naturaleza en el cual, no estaríamos afectados por los riesgos de la tecnología que nosotros desarrollamos, pero estaríamos expuestos entonces a todos los peligros naturales posibles, de mucha mayor entidad sin duda.

Con relación a los riesgos la gran decisión o la única decisión está en la opción entre riesgos. Las decisiones en materia de riesgos y, en definitiva, todas las decisiones que se realizan en materia medioambiental y todos los debates que se plantean y que se suscitan, son debates en torno a la opción entre riesgos. Ustedes en la cocina de su casa pueden verse a veces envueltos en un debate doméstico cuando se cocina un plato que produce humo y hay un aspersor que aspira el humo y que produce ruido. Ahí pueden verse ustedes envueltos en un debate de opción entre riesgos, entre dos tipos de contaminación: optamos por la contaminación acústica del aspersor que produce ruido –y hay a quien le molesta particularmente el ruido– u optamos por la contaminación atmosférica y no utilizamos el aspersor, con lo cual no tenemos ruido, pero tenemos humo y contaminación atmosférica.

A nivel planetario también se da el debate sobre la opción entre riesgos. Si pasamos de una cocina al planeta, tenemos planteado hoy en día, por ejemplo, un debate evidente e inequívoco sobre la energía: las fuentes tradicionales de generación de energía que se basan, –como ustedes saben–, en la combustión de materiales fósiles y que suponen una fuente grave de contaminación, de CO₂, de alteración de la capa de ozono. La solución que se nos ofrece –la opción que se nos abre– y que se irá haciendo cada vez más visible,

más presente y más presionante, no es la de eliminar ese riesgo o bajar el consumo de energía. Lo que se nos está ofreciendo son otras formas de generación de energía que no tienen estos inconvenientes de contaminación, como pueda ser –y declaradamente es, por ejemplo– la energía atómica pero que, sin duda, supone una opción por otro tipo de riesgos.

Es decir, el debate no está entre riesgo X y riesgo o, o entre un riesgo mayor y un riesgo menor. El debate se circunscribe o se va a circunscribir estrictamente en optar entre dos riesgos: el riesgo de un sistema de generación de energía con esos efectos contaminantes sobre la capa de ozono o los riesgos, que también existen evidentemente, derivados de una energía menos contaminante, se dice que más barata, pero evidentemente también con unos riesgos muy singulares y muy característicos del panorama que se nos presenta en el futuro.

Hace un par de años, el Congreso de Estados Unidos decidió la formación de una Comisión integrada por doce o trece personas con una composición curiosa. Abundaban dibujantes, maestros, pedagogos, comunicadores, publicistas. La misión que tenía esta Comisión, –es un dato anecdótico pero bien significativo–, era elaborar un código de señales que fuese inteligible para los seres humanos que, previsiblemente, nos sucederán en un espacio de hasta diez mil años, ante la eventualidad de que algunos de estos seres humanos se topasen con sarcófagos, con construcciones subterráneas donde se almacenan residuos nucleares. No se sabe qué hablarán, qué lenguaje utilizarán quienes nos sucedan dentro de diez mil años. La misión de la Comisión era la de establecer un código de señales, de dibujos, de signos, que fuese inteligible para esas personas con el fin de que se diesen cuenta de que se estaban acercando a una zona de alto riesgo, en la cual se concentraban residuos nucleares que podían ser extremadamente peligrosos para su salud.

Quiero decir que el complejo científico y tecnológico que hemos desarrollado nos hace ya disponer de manera muy extensa sobre la naturaleza y nos da una capacidad y una potencia de decisión absolutamente desconocida hasta ahora y que, por supuesto, altera muchas de las coordenadas y muchos de los conceptos básicos de nuestro sistema jurídico y constitucional. Es decir, el sistema de elección democrática es éste y, dentro del mismo, nosotros podemos adoptar decisiones que comprometan, marcadamente, el futuro de las generaciones que nos sigan hasta diez mil años. Es decir, qué tipo de encaje, qué tipo de conexión con las ideas de representatividad pueden advertirse en este tipo de decisiones.

La idea de riesgo, el concepto de riesgo y las magnitudes que pueda alcanzar nos separan por completo del panorama de intervención administrativa tradicional que estaba centrado en lo que son agresiones puntuales a un supuesto orden público, político, económico, sanitario, forestal, agrícola, etcétera. Porque todo este sistema que había desarrollado el Derecho de intervención frente a posibles agresiones al orden público se basaba en la idea de que esas agresiones se producían al margen de la ley, es decir, que se producían infracciones legales. El sistema tradicional de policía o el sistema de control que había ideado el Derecho público, era un sistema de control y, en su caso, de represión de actividades marginales, clandestinas, marcadamente contrarias a la legalidad vigente.

Pues bien, los riesgos tecnológicos, todo el desarrollo industrial y todo el desarrollo tecnológico reciente no tienen ya como criterio central de referencia y valoración el de la legalidad. Los problemas del Derecho medioambiental no son problemas que se planteen con relación a actuaciones clandestinas como, por ejemplo, la de un individuo que tiene una industria clandestina y que por la noche, utilizando un camión cisterna, vierte determinados residuos de manera ilegal en el curso del Ebro. Los problemas que se le plantean el medio ambiente es, precisamente, contra todo el entramado que se ajusta plenamente a la legalidad pero que, aún así, puede producir y generar riesgos y puede producir y generar, efectivamente, daños ambientales.

El problema es que se está imponiendo más la referencia técnica y la referencia científica sobre lo que es la referencia jurídica. Nos estamos encontrando muchas veces con esta absoluta disociación, esta absoluta desconexión entre lo que son referencias científicas y referencias jurídicas. Podemos encontrarnos con conductas, con actuaciones que sean escrupulosamente respetuosas de la legalidad vigente pero que, sin embargo, generen daños o generen riesgos o sobre las cuales, simplemente, se alerte desde foros científicos sobre los peligros que suscitan.

III. El reto del tratamiento de la incertidumbre.

Evidentemente uno de los efectos más demoledores sobre el sistema jurídico vigente y sobre nuestras referencias ordinarias que plantean los riesgos, es el problema de la incertidumbre: el riesgo, por naturaleza, es siempre incierto. Con frecuencia, de muchas de las tecnologías que se plantean, de muchos de los inventos, alternativas y fórmulas tecnológicas que la ciencia nos ofrece no se conocen con exactitud los posibles efectos perjudiciales que tienen. Si ustedes cogen un medicamento y analizan su prospecto, con mucha frecuencia aparece «...posibles efectos negativos: se desconocen o no se conocen». Pero no hay una afirmación rotunda y clara sobre la inocuidad absoluta de ese fármaco.

En las relaciones entre la Ciencia y el Derecho se está produciendo un fenómeno absolutamente contradictorio y que va a marcar en buena medida muchos desarrollos jurídicos del futuro. La Ciencia había hecho durante el siglo XIX de la certidumbre su bandera, la Ciencia era lo que nos ofrecía las verdades, buscaba la verdad de las cosas. Frente a planteamientos esotéricos, si se quiere metafísicos, la Ciencia –ahí están las figuras egregias de Galileo y de Newton– nos ofrecía la verdad empíricamente contrastada y afirmada. Lo que ocurre es que la Ciencia fue entrando en contradicciones y verdades que creía muy firmes se fueron desvaneciendo con el tiempo.

El caso es que ya bien entrado el siglo XX, la Ciencia se da cuenta de sus limitaciones y entonces, por ejemplo, es cuando Karl Popper percibe que la Ciencia no trabaja tanto con certidumbres como con probabilidades. No vayamos a buscar en la Ciencia certidumbres porque posiblemente no nos las dará, nos dará como mucho probabilidades: más probabilidades, altas probabilidades, bajas probabilidades. La defunción de las certidumbres para la Ciencia fue asimismo puesta de manifiesto por el científico ruso, recientemente fallecido, Ilya Prigogine; premio Nobel de Química que escribió hace pocos años un libro muy influyente con este título bien significativo: «El final de las certidumbres». La Ciencia de ser una fuente de certidumbres, está siendo en los momentos actuales todo lo contrario.

La Ciencia continuamente está bombeando, está planteando nuevas fórmulas, nuevas alternativas, nos está ofreciendo nuevas posibilidades hasta extremos hasta hace poco absolutamente desconocidos, nuevas posibilidades de poder disponer de lo que hasta hace muy poco era absolutamente indisponible comenzando, entre otros temas, por lo que es nuestra propia definición como personas. En efecto, en los últimos años la Ciencia, sobre todo a través de la biotecnología, ha adquirido un sorprendente giro reflexivo porque de ser un progreso que se circunscribía sobre todo al entorno humano, ahora tenemos toda una línea de avance potente de la Ciencia que es la biotecnología que ha hecho ese giro reflexivo y que se dirige hacia nosotros, hacia lo que somos, es decir, el propio concepto de persona es un concepto que puede empezar a ponerse en juego a partir de los recientes desarrollos científicos. Ya hay científicos que dicen sin ambages que de aquí a un tiempo se acabarán segregando, por así decirlo, dentro de la humanidad, no ya razas diferentes sino tipos de personas entre las que habrá que distinguir si realmente eso es un ser humano o es otra

categoría distinta del ser humano. Se está produciendo desde luego un desarrollo en positivo en muchos aspectos pero que, en otros, no deja de ser, ni mucho menos, inquietante.

El problema para el Derecho es que en todas estas situaciones de incertidumbre generadas por la Ciencia, ella –la Ciencia– no las resuelve, y tampoco quiere resolver, y lo cierto es que tampoco tiene que resolver. Por el contrario, el Derecho, el sistema jurídico, las autoridades, sobre todo, las autoridades públicas, los órganos de decisión: desde Parlamentos hasta Administraciones Públicas y Tribunales se ven ante la ante la servidumbre, y la grandeza, de tener que decidir. Y lo cierto es que actualmente nos encontramos con cientos, miles tal vez, de decisiones adoptadas en Europa por Municipios, por Tribunales, por Parlamentos, por Administraciones Públicas, por Agencias, decisiones en las cuales se ha resuelto en materias sobre las que existe una reconocida incertidumbre científica.

Temas, por ejemplo, como el caso de las antenas de telefonía móvil en el que la Ciencia no se ha pronunciado respecto los posibles efectos que sobre la salud humana puedan tener estas tecnologías. Lo que los científicos nos dicen es algo así: «Si queréis un conocimiento seguro necesitamos tiempo, necesitamos veinte o treinta años. Con veinte o treinta años podremos tener experiencias, conocimientos, datos sobre los efectos en la salud humana de estas tecnologías». Hay informes, por supuesto, en un sentido o en otro, también en función de quién los financie. Pero la comunidad científica como tal no se ha pronunciado. Requiere veinte, requiere treinta años. Sin embargo, eso no ha impedido que se hayan producido cientos y miles de decisiones jurídicas allí donde la Ciencia todavía no ha decidido. Decisiones de todo tipo. Así, por ejemplo, en el ámbito municipal, hay ayuntamientos que han pensado que eso es claramente perjudicial, que eso constituye un riesgo inaceptable y han rechazado la instalación de estas antenas y hay otros ayuntamientos que las han autorizado al entender que no constituyen un riesgo relevante para la salud.

El tema de la incertidumbre, por lo demás, se extiende en otros terrenos. Hoy está de moda hablar de incertidumbre. En ciertos ambientes filosóficos la incertidumbre constituye el eje de algunas corrientes filosóficas. Tenemos incertidumbre en la propia literatura, en las matemáticas. Las matemáticas, algo que se veía tan cierto: pues hoy está de moda la lógica borrosa y las matemáticas de la incertidumbre. Esto es admisible en ciencias, que pueden incluso recrearse en estas situaciones de incertidumbre. El problema agobiante para el Derecho es que tiene que decidir y esa es una incertidumbre que se plantea en muchos casos, en conflictos ambientales. El terreno medioambiental es un terreno abonado, sembrado de incertidumbres, no solamente en la toma de decisiones, sino en otro tipo de valoraciones o en la determinación de responsabilidades. En todo el problema de responsabilidades por daños ambientales, ahí el eje del problema es el de la incertidumbre: la incertidumbre en cuanto a la realidad del daño, en torno a la cuantía del daño o el volumen del daño, incertidumbre en cuanto a las causas de ese daño, la relación causal. Son conflictos rodeados todos ellos de una espesa incertidumbre.

IV. La retracción del Derecho y la expansión del sistema de la técnica. Consideraciones críticas.

¿Qué trascendencia tiene esto en lo que es el Derecho medioambiental, en lo que son ya instituciones concretas, regulaciones concretas en materia de Derecho medioambiental? ¿Qué es lo que estamos viendo ante esta realidad del riesgo y, sobre todo, ante esta complejidad tecnológica y esta incertidumbre que lo rodea? Pues estamos asistiendo claramente a un proceso de retracción del Derecho. El Derecho se está

retrayendo y eso es incuestionable. Las leyes, las normas jurídicas en materia de medio ambiente son normas que se han ido vaciando progresivamente de contenido, es decir, son normas que no ofrecen contenidos y que no resuelven la pregunta fundamental, a la que antes aludía, que es la de la opción entre riesgos y, sobre todo, la determinación del riesgo permitido. Vivimos rodeados de riesgos, optamos entre riesgos. Y la gran decisión no es riesgo cero y restablecimiento de la situación hasta que se llegue al riesgo cero, sino que lo que tenemos que decidir es qué tipos de riesgos consideramos inaceptables y cuáles son, entonces, los riesgos que consideramos permitidos. A esta pregunta cada vez nos responden menos las normas ambientales. Las normas ambientales son normas que están quedando única y exclusivamente en ser normas procedimentales. La reciente Ley ambiental de La Rioja es una ley, a mi entender y por lo poco que sé, muy acertada, entre otras cosas, porque introduce una racionalidad procedimental que no se da en otras leyes similares. Pero se queda en eso. Donde hay evaluación de impacto ambiental, no hay otro tipo de intervención, no hay superposición de intervenciones, no hay superposición de procedimientos. Pero una evaluación de impacto ambiental es un procedimiento. Es decir, la ley de intervención integral es un procedimiento. La ley catalana, que fue pionera, son tres procedimientos según el tipo de actividad de que se trate.

Pero ¿dónde está la decisión normativa material sobre si eso se autoriza o no se autoriza? Esa es una decisión que descansa sobre la idea de si ese riesgo, que se plantea y se analiza a través del oportuno procedimiento, es un riesgo permitido o no es un riesgo permitido. En alguna de estas normas ambientales ya se reconoce sin ambages la remisión en muchos aspectos a lo que son otro tipo de normas que están ganando terreno poderosamente ante la retirada de las referentes jurídicas, que son las normas técnicas: normas elaboradas por expertos, por técnicos de los sectores de que se trate que son las que nos dicen qué es lo que se entiende por seguro, aceptable por tanto, y qué es lo que se entiende por no seguro. Y así como se ha producido un proceso de deflación del Derecho, de desfallecimiento de lo que son las normas jurídicas, mientras que correlativamente estamos asistiendo en los últimos años a un proceso potentísimo de racionalización, de unificación de normas técnicas a nivel europeo, a nivel incluso planetario. Y esto es una realidad que no podemos desconocer, es decir, que lo que es propiamente el Ordenamiento jurídico del cual respondemos y en el cual nos reconocemos, cubre cada vez menos, siendo el avance de las normas técnicas absolutamente imparable en muchos casos.

Ante este problema es interesante la reacción que adoptó en su momento la jurisprudencia alemana en los años setenta del pasado siglo. En Alemania, un país muy industrializado, se vieron ya en los años setenta con este poderoso avance del proceso de normalización industrial, de normas técnicas. Y los Tribunales las catalogaron así: las normas técnicas evidentemente no son normas jurídicas, son un dictamen pericial anticipado. Es como si un perito anticipadamente nos hubiera dicho «esto es seguro o esto es inseguro». Pero pertenece a la esencia del dictamen que haya la posibilidad de contradictamen. Y eso lo decía la jurisprudencia alemana en los años setenta cuando las normas técnicas eran unas referencias muy dispersas. En cada país o en cada sector tenían sus propias referencias y por lo tanto era posible encontrar una referencia en un grupo industrial determinado y que después un colegio de ingenieros de no sé donde o una facultad de no sé donde, nos ofreciese otra referencia. Esto ha desaparecido. Hoy en día existe una única referencia y se tiende a la existencia de una única referencia técnica, en una única norma técnica, para toda Europa.

Otra manifestación del encogimiento del Derecho ante la complejidad técnica son las licencias. Si hemos hablado de normas, ahora vamos a hablar de actos, de la otra manifestación pública, singular ya, no general como las normas, que ofrece el poder jurídico. Vamos a hablar de actos. Una administración nos dice «esta instalación, si cumple estos requisitos, está autorizada». Es una manifestación, con lo cual eso concede una seguridad al titular de esa instalación que sabe que, ateniéndose a los términos de la

autorización está a salvo y cumple escrupulosamente con la legalidad. Eso también ha desaparecido. Ahora todas las autorizaciones, el núcleo material de la autorización está abierto a lo que establezca la mejor tecnología disponible. Con lo cual ese elemento de seguridad, que fue muy importante también para el desarrollo industrial, ha desaparecido. Para el desarrollo industrial no era sólo importante la seguridad de los contratos, la seguridad de los registros, sino que era también muy importante la seguridad de las manifestaciones que procedían de la Administración, sobre todo, cuando se trataba de actos declarativos de derechos, al margen de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la autorización.

Más manifestaciones: el claro avance de la fórmula de comunicación. Si en la autorización nos encontrábamos con una manifestación de la Administración, hasta cierto punto, vacía de contenido o parcialmente vacía, en la comunicación ya no nos encontramos con nada. No es ni siquiera virtual, es que la Administración no se pronuncia. ¿Y por qué no se pronuncia la Administración en el régimen de comunicación y por qué no se pronuncia de manera resuelta sobre el elemento tecnológico en la autorización? Porque hay una complejidad técnica que la rebasa por completo y porque hay unas posibles responsabilidades que no quiere asumir. Evidentemente, si la Administración no resuelve, eso supone una traslación de todas estas incertidumbres, es decir, el titular de una instalación con esa autorización abierta a la mejor tecnología disponible, actúa sobre un margen de incertidumbre efectivamente. Y esto la industria lo ha detectado y lo está acusando. No digamos ya el titular de una comunicación, de una actividad que simplemente comunica a la Administración. ¿Qué seguridad, qué certeza tiene entonces el promotor de una actividad o instalación sobre el cumplimiento de la normativa vigente?

¿Qué va a ocurrir entonces o qué está ocurriendo? Que esa certeza que la Administración no nos ofrece, en muchos casos, se va a buscar en otro sitio, se va a buscar en otro lado. Se está generando hoy en día un auténtico mercado de las certezas jurídicas y certezas de cara a posibles responsabilidades puesto que, evidentemente, pagando se puede todo o prácticamente todo o muchas cosas. Por ejemplo, aunque no es el caso, la cadena de Pans&Company, que tiene doscientas pequeñas panaderías en una Comunidad Autónoma y que están sujetas a régimen de comunicación, el titular o el gerente de esa cadena no se va a quedar tranquilo comunicando con doscientas comunicaciones a la Administración. ¿Cómo se cubre frente a posibles incidencias u responsabilidades? ¿Dónde buscará esas certidumbres que la Administración no le da? Las buscará en el sector privado y las está buscando en el sector privado. Y descargará o trasladará a una entidad privada de certificación técnica en materia ambiental, todo un sector que también está en clara expansión, las seguridades o las responsabilidades que antes hacía descargar en la Administración, mediante un contrato a través del cual esa empresa privada le certifique que cumple con la normativa y que cumple con las normas de seguridad. Todo eso, evidentemente, le va a costar mucho dinero puesto que esa empresa de certificación no va a asumir esas responsabilidades al escaso precio que lo hacía antes la Administración.

Otro instrumento para desenvolverse en la incertidumbre, que ha hecho su aparición y que es objeto de muchos estudios, tesis doctorales, estando realmente de moda, es el llamado principio de precaución, que se viene a considerar el quicio, el eje de las relaciones entre la Ciencia y el Derecho. El principio de precaución es un principio utilizado como un instrumento de decisión en la incertidumbre porque permite, y esto es lo determinante de este principio, adoptar en situaciones de incertidumbre decisiones excepcionales. Un producto que cumple con la normativa exigible, si se plantea una situación de riesgo, ese producto puede quedar fuera del mercado o una instalación puede cerrarse o se puede prohibir la entrada de un producto en un país. El principio de precaución es interesante porque nos pone en contacto con lo que yo creo que es un espacio que habrá que considerar: un estado de excepción por razones científicas o por razones de riesgos ambientales o de riesgos para la salud. Es decir, de la misma manera que, en lo político, está prevista la fórmula del Estado de excepción, esa figura tan grave que

excepciona en un momento determinado, ante ciertas circunstancias de peligro el régimen jurídico vigente, el principio de precaución no es un instrumento inocuo tampoco: es una pieza que permite activar una suerte de estado de excepción por razones de seguridad ambiental o de seguridad para la salud humana y el problema que tenemos que plantearnos, por ejemplo, es el de las responsabilidades que puedan surgir en ese espacio que supone la excepción del régimen jurídico vigente.

En general, todos los temas a los que nos hemos asomado discurren por esta línea. Estamos entrando en una situación de anomia. Hay un libro muy interesante, reciente, de un filósofo italiano, Giorgio Agamben, que se titula precisamente así *Estado de Excepción*. Él lo plantea más en términos políticos pero claramente hace unos razonamientos muy agudos que son trasladables a este terreno. El Derecho medioambiental es un Derecho que se está convirtiendo, si no lo remediamos, en un Derecho anómico, un Derecho sin normas, un Derecho en el que las normas jurídicas tienen un protagonismo estrictamente formal, procedimental. El contenido son las normas técnicas. Un Derecho en el que las autorizaciones son precarias, carecen de contenido y un Derecho en el que ya definitivamente se ha dado carta de naturaleza al estado de excepción que aparece con la invocación del principio de precaución.

Podríamos entrar en muchos más temas, pero acabo. El panorama que les he expuesto no quiero que sea un panorama dramático. La principal diferencia es que ahora el ámbito de nuestras decisiones, el impacto de nuestras decisiones en el tiempo, en el espacio, es decir, sobre los equilibrios naturales, sobre equilibrios ecológicos es mucho más potente que el que el que teníamos antes. Y sobre todo, esta capacidad de decisión aumenta extraordinariamente el margen del Derecho. La alimentación, por poner un ejemplo y con esto acabo, hace cuarenta o cincuenta años no constituía preocupación alguna para el Derecho. La alimentación estaba fiada por pesos naturales. Si llovía y había buenas cosechas, se comía. Y si no llovía y había malas cosechas, se pasaba hambre. ¿Quién era responsable de eso? Nadie. ¿Qué tipo de decisión había que adoptar, qué tipo de control, quién decía y quién intervenía? Nadie. Hoy en día la alimentación constituye el centro de un espacio jurídico extraordinariamente complejo, extraordinariamente denso que, en definitiva, supone un gran progreso para la humanidad porque hemos superado nuestros peligros y nuestras limitaciones básicas pero supone un reto muy importante para el Derecho y los juristas porque es un espacio, el de la industria alimentaria, que está henchido por decisiones, intervenciones humanas de las que tenemos que ser evidentemente responsables. Nada más y muchas gracias.