

**SOCIETAT CATALANA
D'ESTUDIS JURÍDICS
EL RÈGIM JURÍDIC DE L'AIRE,
A CÀRREC DE
JOSEP ESTEVE PARDO,
DE LA UNIVERSITAT
DE BARCELONA**

1. LES PARADOXES DEL RÈGIM JURÍDIC DE L'AIRE

El tractament jurídic de l'aire és paradoxal i contradictori. D'una banda, l'aire sembla no existir per al dret, sobretot per al dret que s'imposa al segle XIX i que considera únicament com a matèria tot el que és objecte d'apropiació, transmissió, negociació, explotació. L'aire queda al marge dels circuits comercials i jurídics, perquè no és susceptible d'apropiació: no és un bé. Aquest plantejament està explícitament formulat a l'article 333 del Codi civil: «Totes les coses que són o poden ser objecte d'apropiació es consideren béns mobles o immobles.» En la mesura en què l'aire no és susceptible d'apropiació, no pot considerar-se un bé i, per tant, no existeix per al dret civil. Amb l'excepció irrellevant dels casos d'embotellament o emmagatzematge de l'aire.

314

D'altra banda, hi ha un desenvolupament legislatiu cada vegada més elaborat i ferm que fa de l'aire o, més ben dit, de l'atmosfera, l'objecte de la seva atenció. La perspectiva que s'adopta aquí és, inequívocament, la del dret públic: l'aire es considera com un element, un recurs natural d'importància vital per al conjunt no ja de la societat, sinó de la vida en el planeta. Així, no és d'estranyar, tal com tindrem ocasió de comprovar, que l'aire, l'atmosfera, estigui en el centre de regulacions d'abast planetari a partir d'acords amb aquest àmbit i amb aquesta perspectiva. El protocol de Kyoto n'és un exponent molt clar.

La paradoxa a què em refereixo és, doncs, com tota paradoxa, una contradicció aparent: des de la perspectiva privatista, l'aire no és objecte d'atenció, no és privatitzable, però, en canvi, des de la perspectiva iuspublicista, l'atenció que es presta a l'atmosfera com a recurs col·lectiu, universal, és cada cop més gran.

2. EL DRET ROMÀ I EL DRET MEDIEVAL

Si al llarg de la història el dret s'ha ocupat de l'aire ha estat, invariablement, en la perspectiva col·lectiva, com un bé d'ús comú. El dret romà ho considerava d'aquesta manera. En el *Digest*, la gran recopilació del dret romà que promou l'emperador Justinià, es parla dels béns i recursos que pertanyen al conjunt de la comunitat: l'aire, els cursos fluvials d'aigua, mars, litoral: «Et quidem naturali iuri omnium comuna sunt illa: aer et aqua proflumen et mare et per hoc litora maris.»

El dret de l'edat mitjana també va parlar una atenció particular als béns d'ús col·lectiu. Les grans recopilacions s'hi refereixen de manera decidida i proclamen la destinació pública a la qual són cridats. Així es recull a la recopilació del dret català que es conté en els *Usatges de Barcelona* o en les *Partidas*, la gran recopilació del dret de Castella.

Curiosament, en aquests textos no es menciona l'aire, a diferència del que passava, com acabem de comprovar, en els textos molt més antics del dret romà. L'explicació rau potser en el fet que, si bé durant el període clàssic, i de manera destacada el grec, s'havia prestat molta atenció a l'aire, un bé que hi exercia una clara fascinació, durant l'edat mitjana s'abandona aquesta preocupació filosòfica sobre l'aire i, així, no és estrany que aquesta realitat intangible i inapropiable quedi al marge dels textos legals.

315

3. LA NOVA PERCEPCIÓ DE L'AIRE I COM ES REFLECTEIX EN LA LEGISLACIÓ

A partir dels coneixements científics que s'adquireixen a Europa al segle XVIII, el tractament jurídic de l'aire segueix d'alguna manera l'estela que li marquen aquests coneixements i el desenvolupament tecnològic.

L'aire no solament es concep com un valor en si mateix, pels gasos que el componen tan necessaris per a la vida, sinó amb la nova perspectiva que obren els desenvolupaments tecnològics, sobretot en matèria de transport. El desenvolupament del transport aeri comporta la necessitat de regular l'espai aeri en què es duu a terme. Les regulacions, en un primer moment parcials i limitades, necessiten de manera ineludible una resposta global i internacional, perquè aquestes són les dimensions de l'espai aeri. La resposta més rellevant que avui continua constituint la base de la regulació del trànsit aeri és, sens dubte, la Convenció d'Aviació Civil de Chicago de l'any 1944.

En tot cas, l'aire comença a guanyar protagonisme com a objecte de regulació quan, ja ben entrat el segle XX, es fan molt patents els efectes del desenvolupament industrial. Malauradament aquests efectes no són positius i tenen una manera comuna de manifestar-se: la contaminació. Una contaminació que no solament incideix sobre l'aire, tot degradant-lo, i que és el que podem caracteritzar com la contaminació atmosfèrica, sinó que presenta altres manifestacions que es propaguen a través d'aquest mitjà. Unes modalitats de contaminació que només molt recentment, en els darrers cinc anys, s'han fet perceptibles en la legislació: la contaminació acústica, la contaminació electromagnètica i la contaminació lumínica.

4. LA LEGISLACIÓ SOBRE LA PROTECCIÓ DE L'ATMOSFERA

Fa més de trenta anys, encara en temps de la dictadura del general Franco, es va aprovar la Llei de protecció de l'atmosfera de 1972. Una llei extraordinàriament moderna per l'època, i sobretot per aquell entorn polític. Una llei tan avançada aleshores que continua plenament vigent actualment, amb l'única modificació que allà on la Llei parlava de governadors civils

cal que es parli avui dels subdelegats del Govern. El contingut inusitadament modern d'aquesta Llei té, no obstant això, una explicació dramàtica.

Durant la dècada dels anys setanta del segle passat, el mostrari del desenvolupament industrial que és la ria del Nervión i la seva arquitectura va experimentar un desenvolupament industrial espectacular, centrat sobretot en l'exploració dels alts forns. Aquest desenvolupament va atraure un nombre molt gran de treballadors immigrants, que es van instal·lar en condicions molt desfavorables a prop dels focus de contaminació. A l'estiu de 1969 la contaminació atmosfèrica va assolir uns nivells absolutament insostenibles. Al municipi d'Erandio, a la riba dreta de la ria, per a molts veïns es feia difícil respirar, sobretot a la nit, durant la qual era pràcticament impossible dormir. Es van produir revoltes en senyal de protesta, que van ser reprimides violentament per la policia. Un veí fou abatut i mort a la finestra de casa seva per un tret de bala de la policia. L'endemà, la reacció dels veïns, que havien convocat una manifestació, va ser reprimida amb la mateixa duresa per la policia, que va causar la mort d'un jove de trenta anys. Aquests successos luctuosos van donar lloc a un consell de guerra que, en conèixer la situació inhumana de contaminació atmosfèrica, relativament freqüent a la zona, va reclamar del Govern l'adopció de mesures amb l'objectiu d'evitar aquestes situacions en el futur.

Inspirant-se en les legislacions més avançades, es va elaborar aleshores la que encara és vigent Llei de protecció de l'atmosfera de 1972. Una llei, com s'ha dit, molt avançada per l'època i l'entorn polític en què es va dictar, significativament centrada en les situacions de contaminació greu i en la declaració de zones d'atmosfera contaminada i en zones en situació d'emergència. Es va tenir en compte per primera vegada en un text legislatiu el que tristament havia estat una realitat massa reiterada a la ria del Nervión.

Després de l'aprovació dels estatuts d'autonomia, les comunitats autònomes van assumir competències legislatives rellevants en aquesta matèria, que han exercit dictant lleis —entre les primeres, la Llei catalana de protecció de l'ambient atmosfèric— per a la prevenció i el control de la contaminació atmosfèrica en situacions més ordinàries que les que tan dramàticament es van produir a Erandio i que van suscitar aquesta legislació per a supòsits de contaminació greu i d'emergència.

5. LA CONTAMINACIÓ GLOBAL I L'ESCALFAMENT DEL PLANETA

L'altre front d'actuació contra la contaminació atmosfèrica presenta tres trets que el caracteritzen. Són tres components amb una clara articulació lògica: cada un és conseqüència o efecte de l'anterior.

El primer tret és l'objecte d'atenció: la contaminació global o planetària que es pretén contenir i reduir. Però ja des d'ara cal precisar que, malgrat que aquest és certament l'objecte directe que marca decisivament el programa d'actuació, es tracta d'un objectiu mediat per a assolir l'objectiu últim, que és conjurar el risc global que planeja amb l'escalfament del planeta.

El segon tret es localitza en les característiques i l'estructura del règim que es configura per a assolir aquell objectiu. Des del moment en què aquell objectiu té un marcat abast internacional, la cobertura bàsica d'aquest règim també es troba en instruments del dret internacional. Un règim, com és sabut, que té el nucli al voltant del protocol de Kyoto, però del qual deriven regulacions molt determinades i compromeses per al dret intern i per als agents contaminants.

El tercer component afecta les fórmules i tècniques jurídiques que es dissenyen per a operar en aquest front. El més

destacable és la novetat que —almenys en el nostre ordenament jurídic— presenten les categories i fórmules centrals en aquest sistema: els drets d'emissió, l'assignació de quotes, les transaccions que poden realitzar-se, el peculiar mercat que es configura així. Aquesta novetat que, repeteixo, es presenta així per a nosaltres i no, per descomptat, per als que han anat operant amb aquestes fórmules en altres ordenaments, deriva de la dada que s'ha destacat en el paràgraf anterior: la base del sistema que es configura l'ofereix un acord i programa internacional en el qual hi ha presents estats amb sistemes jurídics diferents. Aquests estats aporten, i en certs casos pretenen introduir-los i generalitzar-los, models i fórmules que, per a alguns sistemes jurídics, són els propis, aquells amb els quals estan plenament familiaritzats, mentre que per a d'altres resulten totalment nous.

L'instrument impulsor i totalment central del règim que es dissenya és, sens dubte, el protocol de Kyoto a la convenció marc de les Nacions Unides sobre el canvi climàtic, l'aprovació inicial del qual es produeix el 12 de desembre de 1997. Es tracta d'un acord internacional, precedit d'antecedents i avatars diversos, que s'obre a un procés de ratificació per part dels estats, el qual també ha estat complex, i sense que encara no s'hagi tancat del tot.

És a la cimera de Rio de Janeiro, el 1992, on es va abordar frontalment el problema del canvi climàtic i es van iniciar els treballs que van cristal·litzar en el protocol de Kyoto de 1997. A partir d'aquí s'inicia el tortuós procés de ratificació per part dels estats. L'any següent, el president dels Estats Units, Bill Clinton, va firmar el protocol, però no es va poder ratificar, perquè el senat d'aquell país, a qui correspon la decisió última sobre ratificació de tractats internacionals, s'hi va oposar. Des d'aleshores, els Estats Units han mantingut una posició distant en relació amb Kyoto —pels costos econòmics i la pèrdua de llocs de treball que podria compor-

tar— i han plantejat un programa, no gaire definit, certament, d'energies alternatives. Un pas molt important es produeix amb la ratificació del tractat per part de la Unió Europea, el 2002. El grup líder en l'impuls del projecte de Kyoto el formen aleshores el Japó, el Canadà i, per descomptat, Europa. El 2004, el protocol és ratificat per Rússia —afavorida, sens dubte, per la desactivació de bona part del seu teixit industrial, pesat i obsolet, amb origen en l'època estalinista—, la qual cosa té un efecte important: es donen les exigències de ratificació exigides perquè entri en vigor en el pla internacional.

En tot cas, per a nosaltres, el moment determinant és quan la Unió Europea ratifica el protocol de Kyoto el 30 de maig de 2002. Aquesta ratificació vincula tots els estats membres i suposa el compromís decidit de la Unió Europea d'impulsar i coordinar el compliment dels objectius de Kyoto. Amb aquesta intenció, s'aprova la Directiva 2003/87/CE del Parlament Europeu i del Consell de la Unió Europea, de 13 d'octubre de 2003.

Aquesta directiva constitueix la vinculació més intensa als estats europeus perquè adoptin les mesures pertinents, legislatives i executives, a fi que es compleixin els objectius fixats, que són, en molt bona mesura, els establerts al protocol de Kyoto. Després d'una demora injustificable, la primera mesura rellevant que adopta l'Estat espanyol és el Reial decret llei 5/2004, de 27 d'agost, pel qual es regula el comerç de drets d'emissió de gasos d'efecte hivernacle. Pocs dies després, s'aprova el Reial decret 1866/2004, de 6 de setembre, pel qual s'aprova el Pla Nacional d'Assignació de Drets d'Emissió, 2005-2007. Arribem, així, als instruments i les fórmules jurídiques que estan cridades a operar en el sistema que es configura a partir de Kyoto.

6. LA CONTAMINACIÓ ELECTROMAGNÈTICA

En els darrers temps, els possibles riscos, sobretot per a la salut humana, derivats de la contaminació electromagnètica, capaç de propagar-se per ones en absència de matèria —per la qual cosa també se l'ha anomenada *contaminació per ones*—, han causat una gran preocupació social. A l'eix d'aquestes preocupacions se situen un nombre elevat de sentències —de signe, per cert, molt divers— generades arran de la instal·lació d'antenes de base de telefonia mòbil.

Les raons d'aquesta alarma social són diverses: el ràpid desplegament d'aquestes noves instal·lacions en una geografia urbana molt saturada ja de focus contaminants, als quals se n'afegeix un de nou i, sobretot, la falta d'un coneixement cert i concloent, unànime en la comunitat científica sobre la innocuïtat o els possibles efectes sobre la salut humana d'aquestes radiacions electromagnètiques. Una alarma a la qual, certament, ha pogut contribuir algun cas controvertit i inquietant com el del col·legi públic García Quintana, de Valladolid, en el qual es van registrar dos casos de càncer i un de limfoma, i a la vora del qual hi havia una extensa instal·lació d'antenes de telefonia, en aquest cas, telefonia fixa.

Som aquí en un sector ben característic del risc: té l'origen en una tecnologia i els seus efectes són incerts. El formidable problema per al dret i els seus operadors és establir una regulació i adoptar decisions en un entorn d'incertesa científica. I el cert és que, malgrat que no hi ha unanimitat i certesa total entre la comunitat científica la qual, entre altres dades, necessita temps —vint o trenta anys— per a conèixer aquests efectes en la salut humana, ja hi ha multitud de decisions normatives, administratives i judicials sobre aquesta matèria.

Per bé que es tracta d'un sector nou, pendent de regulació en diversos aspectes i mancat encara de sistematització jurídica, poden assenyalar-se alguns elements rellevants del

seu règim actual, i destacar ja que els seus eixos principals són l'avaluació i la gestió de riscos.

Cal mencionar, en primer terme, la Recomanació 1999/519/CE, de 12 de juliol, del Consell de la Unió Europea, que limita l'exposició del públic en general als camps electromagnètics.

En relació amb aquesta recomanació, i ja en l'òrbita de l'Estat espanyol, cal destacar l'informe, promogut pel Ministeri de Sanitat, *Campos electromagnéticos y salud pública* del Comité de Expertos Independientes, de maig de 2001. En aquest informe es conclou que «no pot afirmar-se que l'exposició a CEM (camps electromagnètics) dins dels límits establerts en la Recomanació del Consell de Ministres de Sanitat de la Unió Europea relativa a l'exposició del públic en general a CEM de 0 Hz a 300 GHz produeixi efectes adversos per a la salut humana». En la primera recomanació de l'informe s'afirma que «per un principi de precaució convé que el Ministeri de Sanitat i Consum estableixi una normativa que reguli l'aplicació dels principis recollits en la Recomanació del Consell». També es recomana que, per un principi de precaució, caldria «evitar que el feix d'emissió directa de les antenes de telefonia afecti els espais sensibles com escoles, centres de salut, hospitals o parcs públics», igualment «cal que es fomentin estudis epidemiològics en poblacions exposades», i «caldria que es fessin estudis d'avaluació del risc que permetin identificar les fonts o pràctiques que donen lloc a exposició electromagnètica».

El mateix any s'aprova la norma que regula de manera més directa i extensa aquesta matèria: el Reial decret 1066/2001, de 28 de novembre, que aprova el reglament que estableix les condicions de protecció del domini públic radioelèctric, restriccions a les emissions radioelèctriques i mesures de protecció sanitària davant d'emissions radioelèctriques. Una norma molt tècnica i complexa que presenta com a aspecte més destacat la constant avaluació i gestió de riscos.

En l'àmbit judicial, les sentències són abundants, sobretot en la jurisdicció civil i l'administrativa, amb solucions molt diverses. Pot destacar-se'n algun aspecte particularment controvertit o nou.

Una qüestió cabdal que es planteja en molts casos és la determinació del risc. Acaba reduint-se a un problema, capital, de prova, sobre el qual poden establir-se dos criteris.

Primer, sembla equitatiu del tot i convenient que aquesta càrrega de la prova recaigui sobre l'empresa que promou la instal·lació d'aquestes tecnologies. Aquest és un plantejament, tal com ens consta, molt arrelat en les tendències que des de fa un temps es desenvolupen a Europa en matèria de litigació mediambiental: el qui introdueix la tecnologia i el risc tecnològic no solament ha d'acreditar-ne la innocuïtat, sinó que en té, a més, un coneixement que no té el particular demandant. La regla tradicional del procés civil que és el demandant qui carrega amb la prova el deixaria aquí en una situació de clara inferioritat.

D'altra banda, no pot exigir-se a l'empresa instal·ladora una prova conloent de la total innocuïtat de les seves instal·lacions. Caldria verificar la prova d'acord amb l'estat de coneixements del moment.

Finalment, cal destacar que aquesta és una matèria en la qual, per les incerteses que es poden generar i els riscos sobre la salut que es consideren, el principi de precaució —amb els pressupòsits i les condicions que referim en estudiar-lo— pot donar cobertura a l'adopció per part dels poders públics de mesures d'excepció per a la salvaguarda de la salut.

7. LA CONTAMINACIÓ LUMÍNICA

Es tracta, també, d'una modalitat de contaminació per radiacions, radiacions òptiques, que encara és objecte d'estudi,

però que compta ja amb algunes respostes normatives interessants.

Aquesta contaminació té l'origen en les tecnologies d'il·luminació artificial i projecta en dos fronts els seus efectes negatius.

Un és l'estrictament personal, per la intrusió de la llum en la vida privada, amb la incidència que pot tenir sobre el son i el descans. Aquest és un efecte que produeixen amb freqüència diversos focus lumínics —fanals, rètols publicitaris, etc.— localitzats sobretot a les zones urbanes, on és més gran la proximitat d'aquests focus als habitatges.

Un altre front d'incidència de les radiacions lumíniques és el que afecta les condicions de visibilitat nocturna i el comportament dels éssers vius, animals i plantes, que pot veure's alterat per aquestes radiacions. És un tipus de contaminació no perceptible en molts casos per a l'ésser humà, però que sí que ha estat objecte d'atenció científica, per part d'astrònoms, fonamentalment.

Les estrelles amb prou feines es veuen des de les grans ciutats. No obstant això, fins als paratges més remots, on podem contemplar el cel estrellat en tota la seva esplendor, pot arribar la contaminació lumínica. Per posar un exemple: a prop de l'ermita de Bell-lloc, des d'on s'obtenen unes vistes excel·lents de la Cerdanya, hi ha les ruïnes d'un observatori astronòmic la construcció del qual va haver d'abandonar-se quan es va comprovar que l'afectava la contaminació lumínica procedent de la ciutat de Barcelona, a quasi dos-cents quilòmetres de distància.

Les respostes normatives a la contaminació tenen distinta procedència, en atenció als efectes que pretenguin combatre en cada cas.

El primer tipus de contaminació, que afecta fonamentalment les persones i els seus espais de residència i repòs, està trobant una reacció severa i restrictiva a través, so-

bretot, d'ordenances municipals, especialment a les ciutats grans.

La contaminació més difosa, menys perceptible per a l'ésser humà, que afecta les condicions de vida d'altres organismes i els estudis astronòmics, ha rebut fins ara una regulació molt escassa, sens dubte per la seva especificitat tècnica. En aquest sentit, pot citar-se, com a pionera, la Llei estatal 31/1988, de 31 d'octubre, de protecció de la qualitat astronòmica dels observatoris de l'Institut de Astrofísica de Canàries.

Una regulació pretesament integral dels diferents aspectes de la contaminació lumínica és la que ofereix la Llei catalana 6/2001, de 31 de maig, d'ordenació ambiental de l'enllumenat per a la protecció del medi nocturn.

