

MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIÓN Y DEBERES: EL ROL DEL MINISTERIO DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA, UNA MIRADA DESDE LA FISONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

por Dr. Fabrizio Fracchia

Traducción de Alejandro Fabio Della Sala

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y ha sido presentado en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo: “Desafíos para el Ministerio Público en el marco de las Previsiones Constitucionales, Administrativas e Internacionales”, organizado el 1, 2, y 3 de diciembre de 2021 por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires junto con el Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

SUMARIO

1. Introducción y delimitación del tema	01
2. El acceso a la justicia: consideraciones generales	04
3. La noción de medio ambiente	05
4. La urgencia de aplicar una reflexión teórica sobre los deberes	13
5. El impacto en la protección: algunas conclusiones provisionales	14

1. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

También en Italia, en muchos aspectos, el fiscal desempeña un papel relevante en la protección del medio ambiente.

En este sentido, basta con considerar que este órgano actúa en el ámbito penal y, por tanto, en la represión de los delitos medioambientales. Dado que la regulación de los delitos penales es una piedra angular de la protección del medio ambiente, la función del fiscal penal es también central y muy importante, aunque el derecho penal acostumbre a entrar en juego cuando el daño al medio ambiente ya se ha producido y, por tanto, con poca capacidad de incidencia preventiva para la protección de la naturaleza.

La protección efectiva, es decir, dentro de un complejo más amplio de medidas e instrumentos jurídicos, requiere también el recurso a un enfoque preventivo, que pueda garantizarse mejor siempre que se coloque en el marco del derecho administrativo y sus instrumentos jurídicos, gestionados por las administraciones públicas, no por casualidad, presentes en todos los sistemas.

Si se observa el problema desde este punto de vista, hay que preguntarse inmediatamente si existe un espacio para el fiscal dentro de la protección medioambiental que ofrece el derecho público (no penal).

En el caso concreto de los daños medioambientales causados por los funcionarios y dependientes de la administración pública, el ordenamiento jurídico italiano, con referencia a un caso concreto (el perjuicio imputable a la actividad de los funcionarios) reconoce la legitimidad para reclamar una indemnización por daños y perjuicios en relación con los daños medioambientales (cuyas disputas, en principio, pertenecen a los tribunales ordinarios), no al fiscal en materia penal, sino a un órgano peculiar, que sigue siendo el Ministerio Público, que opera, sin embargo, en las secciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, el tribunal en Italia competente para conocer de los daños civiles causados precisamente a las administraciones por funcionarios y empleados.

En particular, de conformidad con el artículo 313, apartado 6, del Decreto Legislativo 152/2006 (el llamado código del medio ambiente), “en caso de daños causados por personas sujetas a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, el Ministro de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar, en lugar de ordenar el pago de una indemnización en forma de bienes equivalentes, envía un informe a la Fiscalía Regional de la Sección Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas competente en el territorio”. De hecho, más en general, incluso si dejamos de lado la configuración del daño ambiental y consideramos que, de acuerdo con la Ley 157/1992, la fauna silvestre es patrimonio indisponible del Estado y no res nullius, se ha decidido que el sacrificio de cualquier animal individual fuera de los casos previstos por la ley es un presagio de daño económico, igual al valor del animal (Corte conti, sez. appello, 18 de junio de 2016, núm. 248). También en esta perspectiva, por tanto, se “activa” una competencia –por así decirlo en materia medioambiental– del Fiscal del Tribunal de Cuentas.

Si no tenemos en cuenta el terreno jurisdiccional, pero nos mantenemos en el horizonte temático de la legitimación de actuar para la indemnización de los daños ambientales, en el citado art. 313, decreto legislativo 152/2006, encontramos un importante espacio reconocido a favor del Ministro de la transición económica que puede actuar ante el juez ordinario al ejercer la acción civil de responsabilidad (en virtud del art. 311) o adoptar directamente un acto administrativo, mediante una disposición que ordene a los responsables del acto ilícito la restauración ambiental a modo de indemnización en forma específica dentro de un plazo determinado¹.

1. Merece la pena citar íntegramente las dos disposiciones pertinentes del Art. 311: "1. El Ministro de Medio Ambiente y de la Protección del Territorio y del Mar actuará, también mediante el ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal, para la indemnización del daño ambiental en forma específica y, en su caso, para el bien equivalente, o procederá de acuerdo con lo dispuesto en la parte sexta de este decreto. 2. El Ministro de Medio Ambiente y de la Protección del Territorio y del Mar actuará en forma de la acción civil en el procedimiento penal, para la indemnización del daño ambiental en forma específica y, en su caso, para el bien equivalente. Cuando los daños ambientales sean causados por los operadores cuyas actividades se enumeran en el anexo 5 de la sexta parte de este decreto, están obligados a adoptar las medidas de reparación establecidas en el anexo 3 de la sexta parte de este decreto de acuerdo con los criterios establecidos en el mismo, que deberán llevarse a cabo en el plazo razonable mencionado en el apartado 2 del artículo 314 de este decreto. Las mismas obligaciones incumben a cualquier otra persona que cause daños ambientales con intención o negligencia. Sólo cuando se omita total o parcialmente la adopción de las citadas medidas reparadoras, o en todo caso se realicen de forma incompleta o no conforme a los términos y modalidades prescritos, el Ministro de Medio Ambiente y de la Salvaguarda del Territorio y del Mar determinará los costes de las actividades necesarias para lograr su completa y correcta ejecución y actuará contra el responsable para obtener el pago de las cantidades correspondientes. 3. El Ministro de Medio Ambiente y de la Protección del Territorio y del Mar determinará, de acuerdo con los criterios establecidos en los anexos 3 y 4 de la presente Parte Sexta, las medidas reparadoras que deban adoptarse y determinará, mediante los procedimientos establecidos en el presente Título III, las responsabilidades de compensación. Por decreto del Ministro de Medio Ambiente y de la Salvaguarda del Territorio y del Mar, previa consulta al Ministro de Desarrollo Económico, que se adoptará en un plazo de sesenta días a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente disposición, de conformidad con el apartado 3 del artículo 17 de la ley n° 400 de 23 de agosto de 1988, se definen los criterios y métodos, incluidos los de evaluación monetaria, para determinar el alcance de las medidas de reparación complementarias y compensatorias, de conformidad con las disposiciones del apartado 1.2.3 del anexo 3 de la presente parte sexta. Dichos criterios y métodos se aplicarán también a las sentencias pendientes que aún no hayan finalizado mediante una sentencia firme en la fecha de entrada en vigor del decreto mencionado en la frase anterior. En los casos de concurrencia en un mismo hecho de daño, cada persona responderá en la medida de su responsabilidad personal. La deuda relativa se transmitirá, según las leyes vigentes, a los herederos, dentro de los límites de su enriquecimiento real." Art. 313: "1. Si, al término de la investigación mencionada en el artículo 312, se comprueba que un acontecimiento ha causado un daño medioambiental y el responsable no ha activado los procedimientos de restauración en virtud del título V de la cuarta parte del presente decreto o en virtud de los artículos 304 y siguientes, el Ministro de Medio Ambiente y de la Protección del Territorio y del Mar, mediante una orden inmediatamente ejecutiva, ordenará a quienes, sobre la base de dicha comprobación, hayan sido declarados responsables del acontecimiento, que restauren el medio ambiente mediante una compensación específica en un plazo determinado. Cuando el responsable del acto que causó el daño ambiental no restaura el medio ambiente, total o parcialmente, en el plazo ordenado. 2. Si la parte responsable del acto que ha causado el daño ambiental no restaura total o parcialmente el medio ambiente en el plazo prescrito, o no adopta las medidas de restauración en el plazo y las modalidades prescritas, el Ministro de Medio Ambiente y de Protección del Territorio y del Mar determinará los costes de las actividades necesarias para lograr la plena aplicación de dichas medidas según los criterios definidos por el decreto mencionado en el apartado 3 del artículo 311 y, para proceder a su aplicación, dictará una orden de pago de las sumas correspondientes en un plazo de sesenta días a partir de la fecha de notificación. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios en forma específica, la orden se dictará contra el responsable del hecho dañoso, así como, solidariamente, contra aquel en cuyo interés real se haya cometido la conducta causante del daño o que se haya beneficiado objetivamente al evitar, según la investigación preliminar realizada, la carga económica necesaria para realizar las obras, equipos, precauciones y conductas previstas como obligatorias por las leyes aplicables. 4. La ordenanza se adopta dentro del plazo perentorio de ciento ochenta días a partir de la comunicación a las personas previstas en el apartado 3 del inicio de la instrucción, y en todo caso dentro del plazo de caducidad

El indicio nos permite ampliar el campo de investigación de la investigación aquí desarrollada: el Ministerio Fiscal (órgano judicial) y la Ministra para la Transición Ecológica (órgano político-administrativo), aunque evidentemente presentan innegables diferencias entre sí, en los casos mencionados actúan al servicio de la legalidad y no para la protección de un interés propio.

Este mínimo rasgo común puede justificar un análisis que haga hincapié en la función (de protección de la legalidad) más que en las características -innegablemente diferentes- del organismo.

En concreto, se pretende comprobar si, más allá de lo ya regulado por el llamado código de medio ambiente, existe un espacio para que los sujetos públicos o privados activen un control judicial sobre las conductas, especialmente las públicas, que puedan perjudicar al medio ambiente, sin que ello implique necesariamente la carga de acreditar que el objeto de protección es un interés propio.

Por otra parte, parece interesante preguntarse si puede haber una convergencia entre las funciones que desempeñan el Fiscal y el Ministro de Transición Económica en relación con la protección del medio ambiente.

2. ACCESO A LA JUSTICIA: CONSIDERACIONES GENERALES

El principio general, incluso dentro de un juicio de indemnización (un paradigma muy general al que se puede remontar el instrumento del daño ambiental), es que quien actúa lo hace para proteger su propio interés.

de dos años desde la notificación del hecho, salvo cuando la restauración ambiental se esté realizando a cargo del infractor. En este caso, los mismos plazos correrán a partir de la suspensión injustificada de los trabajos de restauración o de su conclusión en caso de reparación incompleta de los daños. Las certificaciones relativas a la suspensión de las obras y a su carácter incompleto serán expedidas por el Ministro de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar mediante un acto de comprobación específico. Dentro de los plazos establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 2947 del Código Civil, el Ministro de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar podrá adoptar otras medidas contra los infractores identificados posteriormente. En el caso de los daños causados por personas sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, el Ministro de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar, en lugar de ordenar el pago de una indemnización por equivalente pecuniario, envía un informe a la Fiscalía Regional de la Sala jurisdiccional competente del Tribunal de Cuentas. 7. En caso de compensación de los daños, quedan excluidas las nuevas intervenciones que supongan costes adicionales para el operador afectado, tras una acción concurrente de una autoridad distinta del Ministro de Medio Ambiente y Protección del Territorio. En todo caso, queda intacto el derecho de las personas perjudicadas por el hecho que produce el daño ambiental, ya sea a su salud o a sus bienes, a emprender acciones legales contra el responsable para proteger los derechos e intereses perjudicados”.

La legitimatio ad causam (legitimación para obrar), en efecto, corresponde al titular de la situación jurídica de fondo que se plantea ante el tribunal². Dado que la titularidad de la situación sustantiva se refleja en el plano procesal en el sentido de abrir el camino al ejercicio del poder de acción, se puede definir la legitimatio ad causam como la titularidad de la acción. Constituye una especie de bisagra entre la realidad sustantiva y el proceso y una garantía para el titular del cargo, árbitro de su gestión y al abrigo de injerencias externas (nadie puede procesalmente “meterse en los asuntos de los demás”)³.

Se plantea la cuestión de si el modelo no sufre una adaptación cuando se habla de protección del medio ambiente⁴.

La respuesta requiere una investigación previa sobre la calificación jurídica del medio ambiente en un nivel sustantivo, una premisa teórica para captar las formas en que la protección relativa puede entrar en el proceso.

3. LA NOCIÓN DE MEDIO AMBIENTE

Cabe recordar que un paradigma muy extendido para enmarcar jurídicamente el medio ambiente es el que apela a la categoría jurídica de los derechos. Para proteger los elementos no humanos del medio ambiente, por ejemplo, se llega a afirmar que esos elementos son, de hecho, titulares de derechos (son significativas las experiencias en Sudamérica⁵-donde se reconoce el derecho de la Pachamama en Ecuador- o en el ámbito internacional)⁶. O bien, para proteger a

2. A.M. Sandulli, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963; R. Villata, *Legittimazione processuale II) Diritto processuale amministrativo*, in Enc. giur., vol. XVII, Roma, 1988; M. Del signore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018. Sobre el fondo de la cuestión, en el ordenamiento italiano se destaca también el problema del interés legítimo: ver F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Esta cuestión (también en relación con la distinción entre legitimación e interés) ha sido abordada recientemente por el Cons. Stato (Consejo de Estado) ad. plen. (en pleno) del 9 de diciembre 2021, n. 22.

3. E. Casetta-F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 782.

4. Ver en tal sentido, M. Delsignore, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti sulla comparazione con lo standing*, a cargo del *environmental interests nella judicial review* estadounidense, en *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 3/2013, 734 e ss.

5. S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, en *Visioni LatinoAmericane*, X, 2014, 25 e ss.; S. Biggs, *The rights of nature: the case for a Universal Declaration of the Rights of Mother Earth*, The Council of Canadians/Fundación Pachamama/Global Exchange, Ottawa 2011. Ver también F. Cuturi (editor) *La natura come soggetto di diritti*, Firenze, 2020.

6. Ver también, *ex multis*, la *Risoluzione 8 ottobre 2021*, n. 48/13 (la *Resolución del 8 de octubre de 2021*, n.48/13),

las generaciones futuras, se les reconoce un derecho y luego se busca a quienes puedan activarlo actualmente.

Si se entiende en un sentido técnico, el derecho al medio ambiente implica una reivindicación absoluta de vivir en un entorno con determinadas características favorables al titular del derecho, que además puede activar su protección ante los tribunales.

Sin embargo, contra esta opinión es posible presentar algunos argumentos críticos:

- frente a la naturaleza que nos ataca, no podemos hacer valer ningún derecho o reivindicación, sino que quedamos sometidos a la fuerza de la naturaleza y a la causalidad de su funcionamiento; es decir, el hombre es atacado a menudo por la naturaleza y sus elementos, y esta posición se presta a ser representada mediante el recurso a la idea de un titular de derechos; la referencia a las reivindicaciones de los sujetos son completamente vagas si se dirigen a un elemento, la naturaleza, que obviamente escapa a las reglas y a la lógica del derecho (las reglas de la naturaleza son leyes “de las que depende el hombre”);

- si el derecho subjetivo fuera la situación jurídica “dominante” protegida por el ordenamiento jurídico en relación con el medio ambiente, las normas que se ocupan de dicho ámbito deberían, en algún lugar, hacer “emerger” la protección relativa; Por el contrario, resulta imposible encontrar tal derecho como reflejo de normas ambientales y, cuando el ordenamiento jurídico -un discurso similar puede realizarse con referencia a la jurisprudencia que da vida y vitalidad al mismo ordenamiento- nos ofrece el ejemplo de un derecho subjetivo (piénsese en el caso de la contaminación electromagnética), su objeto real no es el medio ambiente, sino la salud;

- si la finalidad de la disciplina ambiental (reflejo de las características de la situación jurídica referida al hombre) fuera la protección de un medio ambiente sano para el hombre, habría que expulsar del ámbito de esa disciplina a los cocodrilos,

The human right to a clean, healthy and sustainable environment adoptada por el Human Rights Council United Nations.

las serpientes, las arañas y todo lo que constituya un peligro para la salud del hombre: no es así, y por otra parte también repugnaría a nuestra conciencia (y a la prudencia) no proteger a esas especies;

- la calificación -hecha por la jurisprudencia administrativa en Italia- de la posición del titular de una pretensión de medio ambiente no deteriorado en los términos del interés legítimo muestra inequívocamente que la fórmula del derecho subjetivo no es capaz de dar relevancia jurídica a todos los fenómenos ambientales;

- el derecho al medio ambiente no es más que la traducción jurídica del antropocentrismo; el hombre que domina el mundo se transforma en el titular solitario de un derecho que siempre gana. Sin embargo, el sector medioambiental requiere equilibrio y flexibilidad (basta pensar en el concepto de ecosistema) y no rigidez y verticalidad, por no hablar de que la solución sigue siendo incierta cuando la confrontación no es entre el medio ambiente y otros intereses, sino entre dos concepciones diferentes del medio ambiente; ante los problemas medioambientales, no parece que se pueda imaginar una posición idéntica de todos los sujetos, sobre todo si se les “empuja” hacia las alturas del derecho subjetivo; por otra parte, la gestión de esos problemas debería tener lugar en un contexto que permita la participación y el diálogo.

Incluso el reconocimiento de posiciones ventajosas a favor de “entidades” distintas del hombre (animales), corre el riesgo de ser una operación (en el mejor de los casos, sólo) formal, teniendo en cuenta que, cuando se ejerce el “derecho”, vuelve a surgir la necesidad de identificar a una persona que pueda ejercer ese derecho.

Por otra parte, el derecho es una construcción cultural del hombre, de modo que el hombre es su protagonista.

El antropocentrismo, con el debido respeto a la tesis de los derechos de la naturaleza, es la única clave razonable y seriamente utilizable en el ámbito jurídico, especialmente con el objetivo de proteger verdaderamente la naturaleza.

El problema es más bien que el antropocentrismo (diseñado por el derecho objetivo) conjugado con el derecho subjetivo (como situación jurídica) es absolutamente insatisfactorio: corre el riesgo de ser un mecanismo un tanto hipócrita, anquilosa la trama jurídica (el titular del derecho siempre gana frente a cualquier otro) y aparece vaciado de capacidad para atacar problemas reales o un instrumento demasiado fuerte en manos de unos pocos elegidos.

En un plano más general, pues, refleja la idea de un hombre-dominador que reivindica la explotación de la naturaleza y acaba por restar importancia a todo lo que no sea instrumental para el bienestar del poseedor.

Sin embargo, existe otra visión y es posible un encuadre diferente.

La perspectiva viene sugerida, entre otras cosas, por una parte de la ética.

La indicación de que la cuestión medioambiental ha recuperado una posición central en el debate filosófico como resultado de la ruptura gradual de una serie de barreras a la expansión del área de lo que es moralmente relevante parece valiosa también para el jurista. Esto muestra cómo el entorno puede configurarse en calidad de objeto de un “deber”⁷.

En esencia, la propuesta teórica es pasar del antropocentrismo del derecho al antropocentrismo del deber (la obligación de cuidar el medio ambiente).

Una vez configurado el medio ambiente y su relevancia jurídica en estos términos (sin invocar derechos), los problemas esbozados anteriormente en la crítica a la tesis del derecho al medio ambiente son fácilmente superables y se recuerdan aquí brevemente.

- En el caso de las catástrofes medioambientales, el hombre no es el “amo” de la naturaleza, sino que se encuentra en una situación de sometimiento (responsa-

7. Puede remitirse a F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 e ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in <http://www.rqda.eu/>, *Riv. quad. dir. ambiente*, 2010, 12 e ss.; Id. *The Legal Definition of Environment: from Right to Duty*, in *ICFAI Journal of Environmental Law (IJEL)*, April, 2006, 17 ss.; Id., *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. Cuturi (editor), *La natura come soggetto di diritti*, Firenze, 2020, 159 e ss. e Id., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro*, Torino 2010.

bilidad y solidaridad -antes, durante y después de las catástrofes- son, no por casualidad, las dimensiones más adecuadas para describir su posición); el deber es la única situación (en esto difiere del derecho, una “burbuja” intransigente de inmunidad) que puede “moldearse” sobre la naturaleza, que sigue sus propias reglas que el hombre sólo puede condicionar parcialmente y con las que, en cambio, debe convivir en una dimensión de responsabilidad.

- La protección de cocodrilos y serpientes está justificada (ese cuidado es nuestra responsabilidad, sin necesidad de crear derechos para ellos), así como la presencia de intereses difusos. El deber, situación que puede vincular al hombre incluso con no personas y sin necesidad de que se establezca una verdadera relación jurídica, de hecho, puede haber múltiples categorías de posiciones activas (hay que rechazar la idea de que el deber sea la otra cara del derecho; éste, de hecho, se opone a un tipo peculiar de deber, a saber, las obligaciones).

- La disciplina positiva está literalmente “invadida” por prescripciones que imponen deberes, límites, sanciones (que son la consecuencia del incumplimiento del deber), controles, etc.

- Esto explica la diferenciación de la posición de responsabilidad referible a los distintos sujetos del sistema (piénsese en la cuestión de las tasas no uniformes para la eliminación de las distintas categorías de residuos), rechaza el endurecimiento del derecho subjetivo y ofrece una interpretación que corresponde al sentimiento que el hombre tiene hacia la naturaleza.

Por otra parte, esta idea corresponde plenamente a la perspectiva cada vez más extendida y convincente de la necesidad de un enfoque a varios niveles, que implique una multiplicidad de responsabilidades y no se centre en la reivindicación de unos pocos que se arrojan el privilegio de hablar en nombre del medio ambiente.

Otra pista a favor de la perspectiva aquí esbozada se obtiene al analizar la solución que, para retratar la protección jurídica del medio ambiente y el papel del hombre, se refiere a la categoría de derechos de “cuarta generación”, en un intento de subrayar su carácter intergeneracional o su dimensión colectiva (los titula-

res serían pueblos y no individuos), manteniendo al mismo tiempo la calificación de derechos. Si dejamos a un lado la extrema dificultad de configurar derechos sin titulares legitimados para activarlos (o más bien la inutilidad de proclamar derechos destinados a quedar desprotegidos), resulta significativo que se suela aclarar que otra especificidad de estas situaciones jurídicas sería su finalidad de promover la responsabilidad y la solidaridad, en la perspectiva de la supervivencia humana. Parece claro que esto no hace sino confirmar la circunstancia de que no se trata en absoluto de derechos atribuibles a la especie humana, sino de deberes a los que están sujetas las personas que concreta y actualmente pisan el escenario de la historia.

En cualquier caso, el enfoque del deber parece ser el que -sin abstracciones y sin hipocresías- mejor permite proteger concretamente la naturaleza “aquí y ahora” desde el punto de vista del Derecho: se protege como reflejo de deberes específicos, concretos y vinculantes de solidaridad y protección por parte de los seres humanos.

Una confirmación definitiva de la plausibilidad de esta tesis se deriva del análisis de los principios medioambientales (quien contamina paga, reducción de daños en origen, precaución, prevención). Son traducciones de deberes y no de derechos: el que contamina “debe” pagar, el daño “debe” reducirse en su origen, hay que adoptar una actitud de precaución ante la incertidumbre, hay que “tomar” medidas preventivas.

La matriz de todos estos principios es, pues, el desarrollo sostenible. Fue definido en el Informe Nuestro Futuro Común, elaborado por la llamada Comisión Brundtland (llamada así por el primer ministro noruego que la presidía) creada en 1984 por las Naciones Unidas y que concluyó sus trabajos en 1987: “development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generations to meet theirs”⁸. El principio, una vez más, no puede traducirse jurídicamente en términos de derechos referibles a las personas que viven actualmente, ya que expresa una perspectiva de deber, si fijamos las responsabilidades de la generación presente hacia las generaciones

8. N. del T.: el texto del autor está en inglés: “un desarrollo que satisfaga las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas.”

futuras para permitir el desarrollo de la persona humana también en su proyección temporal.

Muy significativo es el hecho de que, incluso en el contexto de los litigios medioambientales, existan numerosas referencias, aunque a veces genéricas, a la responsabilidad frente a las generaciones futuras (baste citar aquí el auto de 24 de marzo de 2021 del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como la sentencia, Oposa de Menores c. Secretario del Departamento de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Tribunal Supremo de Filipinas, de 30 de julio de 1993, así como el conocido -véase, en particular, Tribunal de Apelación de La Haya, de 9 de octubre de 2018- caso Urgenda holandés).

En Italia, esta tesis parece encontrar ahora un sólido anclaje en la reforma constitucional recientemente promulgada con la Ley Constitucional n° 1 de 11 de febrero de 2022, que introdujo una importante e incisiva modificación en la Constitución destinada a dar un protagonismo expreso al medio ambiente tanto dentro del perímetro de los principios fundamentales como dentro de la denominada Constitución económica, innovando en los artículos 9 y 41, Const.

La nueva redacción de los artículos es la siguiente. Art. 9: “1. La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. 2. Protegerá el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Protegerá el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La ley del Estado regula los modos y formas de protección de los animales”. El artículo 41 de la Constitución reformada reza así: “1. La iniciativa económica privada es libre. No puede llevarse a cabo en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique a la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. 3. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

En relación al problema concreto que aquí se investiga, el silencio de la enmienda constitucional sobre los “derechos” referidos al medio ambiente es muy significativo.

El vínculo con el derecho está ausente incluso cuando el art. 9, Const., se refiere a la protección de los animales, que deben ser protegidos sin asignarles una dotación jurídico-cultural (el derecho subjetivo, en realidad) que parece realista reservar a las personas, al menos cuando no se demuestre que otras posibilidades reconstructivas son imposibles o impracticables.

Un “Gran ausente” en la trama normativa ahora restaurada por el art. 9, Const., el derecho subjetivo ni siquiera aparece donde se califica el interés de las generaciones futuras⁹, que en modo alguno es reconducido a la categoría de derecho.

La norma, en conclusión, parte evidentemente del supuesto, ya mencionado, de que la protección de determinados elementos (medio ambiente, animales, generaciones futuras) puede ser relevante y vinculante para quienes surcan la historia hic et nunc aun sin elevar dichos elementos al rango de objeto o sujeto de un derecho en sentido técnico-jurídico.

Tampoco debe censurarse tan elemental opción si tememos un retroceso en el nivel de protección y apelamos a que los derechos representen las situaciones jurídicas que constituyen -también históricamente- el nivel más adecuado al que naturalmente remitirse para obtener una eficaz defensa de la posición de los ciudadanos.

En efecto, no puede descartarse que, siempre que se lleve a cabo un adecuado estudio en profundidad de la materia encaminado a potenciar también otros “instrumentos” técnico-conceptuales de protección, la protección efectiva pueda prescindir de la perspectiva de los derechos y de su multiplicación, lo que corre el riesgo de desembocar en una vacía afirmación de principio.

9. En general, sobre este punto ver: R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; R. Bifulco-A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; R. Bifulco, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, I, 2005, 297 e ss.

4. LA URGENCIA DE APLICAR UNA REFLEXIÓN TEÓRICA SOBRE LOS DEBERES

Una vez concluida esta digresión, es posible retomar el hilo principal del discurso.

En este sentido, debe destacarse en primer lugar que el escenario ahora esbozado cuestiona la doctrina planteando una serie de cuestiones teóricas y prácticas, especialmente en lo que se refiere a la plausibilidad de configurar una categoría jurídica de deberes “intergeneracionales”¹⁰ con características específicas y distintas respecto de otras situaciones jurídicas de desventaja.

En esencia, se trata de esbozar una teoría mínima de los deberes intergeneracionales, que aborde una pluralidad de cuestiones.

Por citar sólo algunos de ellos¹¹, piénsese en la catalogación y calificación jurídica de los deberes, dado que, en la lógica de los deberes -precisamente- intergeneracionales, pasan a primer plano los referibles no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares. Pues bien, parece que los deberes que se plantean en la perspectiva intergeneracional mantienen una connotación publicista y, por ello, entran ciertamente en la órbita de los intereses de la ciencia administrativa. Por un lado, los deberes de los sujetos y administraciones públicas son, por definición, de relevancia pública; en ocasiones, incluso, sobre todo a partir de disposiciones supranacionales, los deberes son atribuibles a los estados en su conjunto. Por otro lado, los numerosos deberes que se derivan para los afectados por la normativa ambiental también mantienen una connotación pública o, en todo caso, no específicamente privada. Dado que se trata de obligaciones impuestas a los individuos con vistas a satisfacer los intereses de quienes aún no existen (las generaciones futuras), parece difícil encuadrar a estos sujetos en una categoría incluida en una relación jurídica de Derecho privado con el sujeto sobre el que pesan los deberes. En cualquier caso, dado que la relación (aún por investigar) entre las generaciones presentes y futuras se caracteriza por un des-

10. Sobre esta cuestión, en general, ver la monografía de P. Pantalone, publicado en www.ildirittodelleconomia.it (2021), que recopila las actas de la conferencia titulada: *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, celebrada el 7 octubre de 2021 en la Università degli Studi di Milano (Universidad de Milán).

11. Puede remitirse a F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, en *Dir. dell'economia*, 2021, 55 e ss. (www.ildirittodelleconomia.it).

equilibrio, en el sentido de que la generación futura está literalmente a merced de las decisiones que tome la presente, la imposibilidad de reclamar la protección del presente frente a las generaciones futuras sugiere que los deberes a los que están constreñidos los sujetos presentes se circunscriban fuera del perímetro de los deberes de naturaleza privada.

Cabe añadir -otra cuestión relevante- que existen “formas diferenciadas” de cumplimiento del deber imperativo. Es decir, puede adoptar una fisonomía variable en función de las características, peculiaridades y responsabilidades de los sujetos implicados, revelándose, entre otras cosas, como una situación jurídica, aunque de desventaja, mucho más flexible que los derechos fundamentales (no es casualidad que el principio de responsabilidad común pero diferenciada exista en el derecho internacional). En este contexto, la regulación y calibración del comportamiento de los particulares en materia de deberes es una tarea de la ley, que requiere una *inter positio legislatoris* o, en todo caso, cuando el deber viene impuesto por la Administración, una norma atributiva de competencia. Por tanto, a falta de una norma específica, no puede configurarse una funcionalización general del comportamiento humano. En cambio, una discusión distinta parece posible en relación con la actividad administrativa, dado que el deber de solidaridad parece constituir un criterio general de actuación, también directamente aplicable a las entidades.

5. EL IMPACTO SOBRE LA PROTECCIÓN: ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

Si volvemos al tema de la protección, resulta decisivo que los deberes intergeneracionales puedan ser encuestados, estudiados y aterrorizados incluso sin llegar a identificar a titulares de derechos concretos. En lugar de plantear hipótesis sobre la presencia de titulares de derechos, parece más rentable y eficaz orientar su cumplimiento a la luz de un conjunto coherente de principios.

Lo observado permite también aproximarse a la solución del problema de que sean justiciables los deberes intergeneracionales¹².

12. La relevancia de la cuestión puede observarse en el interés de la *climate change litigation*: para una adecuada evaluación de estas cuestiones controversiales, se recomienda ver los datos compulsados por el Sabin Centre:

Para abordar esta cuestión, bajo el ángulo específico de la legitimidad para actuar, no es necesario definir e identificar primero al titular de los derechos o a un representante de las generaciones futuras.

Incluso el papel de los sujetos públicos, como la Ministra para la Transición Ecológica, del mismo modo que el de las asociaciones ecologistas que actúan para la protección del medio ambiente y de las generaciones futuras, puede enmarcarse a la luz de las reflexiones ahora realizadas.

No sólo eso: cabe teorizar sobre la existencia de analogías entre la función desempeñada por el Ministro de Transición Ecológica que actúa para activar las reclamaciones de indemnización contra quienes han dañado el medio ambiente y el órgano judicial del Ministerio Fiscal que actúa en nombre de la legalidad.

En ambos casos, en efecto, estamos en presencia de opciones tomadas por el ordenamiento jurídico que ha establecido mecanismos para activar una revisión judicial del cumplimiento del deber¹³, al allanar el campo de la difícil búsqueda de un titular del derecho como candidato a asumir la legitimatio ad causam.

En las dos hipótesis, el juez está llamado a verificar el exacto cumplimiento de los deberes de los sujetos cargados de responsabilidad intergeneracional sin tener que preocuparse de si el sujeto que inicia la acción es el titular del derecho o se erige en “portavoz” del entorno.

Obviamente, si consideramos a los litigios medioambientales en su conjunto, se puede y se debe discutir el perímetro de la legitimidad para actuar y el mecanismo para lograrlo, ya que es dudoso que su definición pueda consignarse únicamente a la responsabilidad del sistema judicial.

<http://climatecasechart.com>; v. Además: <http://www.climate-laws.org/> gestionado por el *Grantham Institute on Climate Change and the Environment*, at the *London School of Economics*; UNEP 2017.

13. Sobre este punto Ver, C.V. Giabardo, *Climate change litigation and tortlaw. Regulation through litigation*, in *Diritto e processo*, 2019, 361 e G. Fracchia, *Quis custodi et custodes? Standing, metaphysics and transgenerational bond*, in *Climate Justice: theory and practice*, por T. Andina, F. Corvino, E-International Relations, en trámite de publicación, 3.

Lo que resulta convincente, sin embargo, es la idea de que este problema, como ocurre precisamente en los casos examinados anteriormente relativos al Ministro para la Transición Ecológica y al Ministerio Público, debe abordarse y resolverse destrabando el campo de la engorrosa perspectiva de los derechos y de la presunta correspondencia del medio ambiente a la esfera de los intereses egoístas y exclusivamente atribuibles a quienes invocan su protección en una sentencia.