

SOSTENIBILIDAD, PRECAUCIÓN, SUBSIDIARIEDAD*

ENRICO DEL PRATO

RESUMEN: Partiendo de una premisa sobre la posmodernidad, el ensayo esboza el tema de la sostenibilidad, que abarca desde la responsabilidad social de las empresas hasta la protección del medio ambiente, desde los códigos de autodisciplina hasta los derechos de los animales, pasando por los principios de precaución y subsidiariedad y sus implicaciones para el sector privado.

SINTESI: Muovendo da una premessa sulla post-modernità, lo scritto tratteggia a grandi linee la questione della sostenibilità, spaziando dalla responsabilità sociale di impresa alla tutela dell'ambiente, dai codici di autodisciplina ai diritti degli animali, per poi soffermarsi sui principi di precauzione e di sussidiarietà e sulle relative implicazioni in ambito privatistico.

PALABRAS CLAVE: Sostenibilidad; precaución; subsidiariedad; responsabilidad; autonomía privada.

PAROLE CHIAVE: Sostenibilità; precauzione; sussidiarietà; responsabilità; autonomia privata.

SUMARIO: 1. Una premisa sobre la posmodernidad. – 2. Cómo entender la sostenibilidad. – 3. La responsabilidad social de las empresas. – 4. Autonomía, normas de obligado cumplimiento, autodisciplina. – 5. Elecciones voluntarias. Certificaciones de calidad. – 6. Otra forma de hacer negocios. Empresa social y sociedades de beneficios. – 7. Protección del medio ambiente. – 8. Los 'derechos' de la naturaleza y los 'derechos' de los animales. – 9. Precaución. – 10. Alcance de la precaución. Precaución y responsabilidad. – 11. Subsidiariedad social u horizontal. – 12. Expresiones de la subsidiariedad social.

* El trabajo reproduce tres conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba) los días 31 de enero, 1 de febrero y 3 de febrero de 2023.

1. *Una premisa sobre la posmodernidad*

La última década del siglo pasado, tras un periodo de gestación, dio lugar a movimientos que, en años más recientes, han tenido una eclosión fulgurante. Esto ha ocurrido en muchos campos del Derecho. Aquí esbozaré a grandes rasgos la cuestión de la sostenibilidad. Ciertamente, la expresión no es nueva, pero se ha impregnado de nuevos significados, que la han sacado de los parámetros de la economía para reutilizarla, y darle relevancia, en el contexto de las propias actividades económicas.

Utilizaré las palabras en el sentido que uno acostumbra a atribuirles, sin dejar de advertir que no hay razones ‘ontológicas’ para imponer o circunscribir el significado de ciertas expresiones. Digo esto porque estoy a punto de emplear el término ‘posmodernidad’, lo que plantea inmediatamente la cuestión de cómo debe entenderse. Apoyándonos en la tradición, podríamos imaginar que si la era contemporánea comenzó con la Revolución Francesa y la revolución industrial (y en derecho con la introducción de los códigos), ahora deberíamos cambiar la nomenclatura situando el inicio de la era contemporánea – que expresamos con posmodernidad – en el advenimiento de internet y la globalización.

Pero, a fin de cuentas, la cuestión de las palabras es más bien secundaria en este contexto. Lo relevante, en cambio, es que el comienzo de una nueva era no es una era de cambio, sino, más bien, un cambio de época, como señaló el Papa Francisco en 2015 al referirse a la sociedad en la globalización. Y eso es lo que ha ocurrido en los últimos treinta años.

El fin de la modernidad y el inicio de la posmodernidad dejan atrás la Revolución Industrial y el marxismo y, en general, la confrontación entre sistemas políticos alternativos. En la dimensión jurídica, el posmodernismo se introduce con la pérdida de la centralidad de la normatividad confiada a los códigos y el cierre del derecho civil dentro de las fuentes normativas nacionales. Contribuyeron al fin de la modernidad la introducción de normas supranacionales – en nuestra experiencia, las de la Unión Europea – y la aparición sutil pero omnipresente de normas generadas por organismos internacionales o grandes operadores económicos multinacionales, a menudo complejas de percibir en ausencia de un sistema global de nociones jurídicas vinculantes.

Las vanguardias se volvieron contra los fetiches ilustrados de la racionalidad y la objetividad, avanzando hacia el eclecticismo y la disolución de los textos normativos. La complejidad social y la diversidad de pensamiento inherentes al pluralismo y al multiculturalismo facilitan la transición permanente, si no precisamente hacia nuevos paradigmas conceptuales, hacia una adaptación y reedición de los existentes. En esta perspectiva, la reelaboración de la teoría de las fuentes del Derecho pasa a primer plano, reflejando el debate entre ‘entidades’ jurídicas supraestatales y transnacionales, destinado a reflejarse en la dimensión de las fuentes nacionales.

Si se puede discernir una constante en las doctrinas de la posmodernidad, parece ser la exaltación de la multiplicidad y la equiparación de los muchos términos que la componen y, por tanto, la imposibilidad de reducción a la unidad. En el ámbito jurídico, el postmodernismo contraponen las categorías ‘fuertes’ de la modernidad a su negación. Lo que alimenta la duda sobre lo que queda del derecho en un pensamiento destituido de las categorías de la metafísica y de la ética: quedaría la habilidad retórica, en sus escasos tecnicismos, tal vez capaz, en el breve momento, de ocultar la arbitrariedad y el cálculo egoísta.

Con esta conciencia, podemos comprender la falacia de los intentos de ‘anestesiarse’ las categorías del Derecho y entender que éste, como medio para alcanzar la justicia a través del orden, sigue siendo el instrumento para perseguir intereses que parecen dignos de protección. Entre éstos, está ganando terreno la sostenibilidad, que aspira a erigirse en una categoría más para la reconstrucción de los fenómenos jurídicos.

2. Cómo entender la sostenibilidad

Veámoslo más de cerca. En nuestra época está surgiendo un nuevo enfoque para la identificación de estos intereses, que no los encierra en la dimensión de lo existente, sino que percibe las necesidades de las generaciones futuras haciéndolas jurídicamente relevantes a través de otros tantos deberes que incumben a los actores contemporáneos. Orienta, de manera progresivamente más incisiva, las opciones de política jurídica de los legisladores y, también a través de normas de estímulo – es decir el llamado *soft law* –, la actuación de los particulares. Todo ello percibido y organizado en la dimensión de la globalidad. Este fenómeno se resume en el término sostenibilidad.

Pero ¿qué significa?

En la economía liberal y el capitalismo que la marcó, la sostenibilidad se consideraba exclusivamente en la lógica de una economía orientada al beneficio: sostenible son las opciones empresariales que generan beneficios económicos con vistas a la maximización del beneficio. Así, la sostenibilidad se entiende como un programa económico que reduce los costes al tiempo que aumenta el valor de los activos.

Tal elección – se entiende – tiene consecuencias sobre las fuentes de contaminación, los salarios y la protección legislativa de los trabajadores, que son costes indirectos. Induce, por ejemplo, a las multinacionales a asignar la producción a espacios jurídicos más favorables con vistas a reducir costes y aumentar beneficios.

A los dos tercios del siglo pasado, este modelo empezó a tambalearse con la aparición de la doctrina de la responsabilidad social de las empresas, de la que hablaré en breve.

El primer enfoque se remonta a la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano* de 1972, a la que siguió el llamado Informe Brundtland, publicado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (creada en 1983), con el que se consolidó la idea de ‘desarrollo sostenible’, señalando que los problemas medioambientales mundiales se debían a la gran pobreza del Sur y a los modelos de producción y consumo insostenibles del Norte¹. Esto llevó a tomar conciencia de la necesidad de cooperar en las actividades productivas para preservar el medio ambiente con el fin de satisfacer las necesidades propias sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Tenemos, por tanto, la sostenibilidad entendida en un sentido ecológico y social: el desarrollo sostenible es el mantenimiento de la calidad y la reproducibilidad de los recursos naturales al tiempo que se realiza el bienestar social².

Sin embargo, es difícil imaginar que las decisiones empresariales – salvo en casos de admirable clarividencia alimentada por un fuerte neohumanismo – se muevan espontáneamente en esta dirección, de modo que el equilibrio entre el bienestar presente y el bienestar de las generaciones futuras a través de la protección del medio ambiente, que es el ámbito en el que se produce este equilibrio, se ha convertido en una cuestión de política jurídica, que debe aplicarse, es decir, mediante normas obligatorias o permitiendo a los operadores acogerse a nuevos instrumentos jurídicos a cambio de ventajas, especialmente fiscales

La búsqueda de una economía sostenible y la adopción de intervenciones reguladoras inspiradas en el equilibrio y la proporcionalidad de los sacrificios exigidos a los intereses protegidos es claramente una cuestión de interés público. Y la relevancia planetaria del fenómeno impone opciones básicas que se comparten y adoptan a escala mundial, ya que el compromiso del medio ambiente tiene repercusiones que van mucho más allá de las fronteras donde se produce inmediatamente el daño ambiental. Por ello, la sostenibilidad adquiere eficacia si se comparte globalmente, mediante la identificación de puntos de convergencia que son, inevitablemente, el resultado de elecciones de compromiso.

Recordemos, sin ninguna pretensión de exhaustividad (porque la complejidad de la red de fuentes es tal que puede pasarse algo por alto) las intervenciones internacionales.

¹ Revisar el caso para centrarse en las repercusiones principalmente privadas D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, en *Persona e mercato*, 2021, 495 y ss.

Una visión de conjunto puede encontrarse en las contribuciones de varios autores recogidas en el volumen editado por G. CAPALDO, *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, *passim*.

² En relación con los contratos ‘verdes’ y la relevancia de los índices medioambientales, véase S. LANDINI, *Clauseole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, en *Dir. pubbl.*, 2015, 611 y ss.; C. IRTI, *Gli ‘appalti verdi’ tra pubblico e privato*, en *Contr. e impr./Europa*, 2017, 183 y ss.; S. PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile ‘sostenibile’*, en *Riv. quadr. diritto ambiente*, 2018, 4 y ss.

En 2012, el desarrollo sostenible se convirtió formalmente en uno de los objetivos a largo plazo de la Unión Europea en virtud del art. 3, ap. 3, del TUE.

Tras una conferencia sobre desarrollo sostenible celebrada en 2012, la Asamblea General de la ONU emitió el 25 de septiembre de 2015 una resolución que contiene 169 ‘metas’ u objetivos, dentro de 17 ‘objetivos de desarrollo sostenible’, que deben alcanzarse para 2030. Abarcan la superación de la pobreza y el hambre, el agua, la energía, el clima, el medio ambiente, la urbanización, la producción, el consumo, la salud, la educación, el trabajo, la igualdad social y de género, la justicia y la paz. El camino a seguir para estos objetivos está en la vinculación entre desarrollo y sostenibilidad, siendo esta última el criterio para la consecución del primero.

El 12 de diciembre de 2015 entró en vigor el conocido Acuerdo de París, un tratado internacional celebrado entre los miembros de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que abarca el periodo a partir de 2020 en materia climática firmado y ratificado por la UE y sus Estados miembros.

Así pues, un giro decisivo hacia la sostenibilidad, que podríamos denominar ‘revolución medioambiental’, que plantea un problema no menor: a diferencia de la revolución industrial, no crea nuevos recursos, sino que pretende sustituir los contaminantes por otros no contaminantes. No sólo eso: la revolución industrial destacó porque generó empleo y, aunque de forma muy diversificada, contribuyó a producir riqueza. La ecológica sólo tendrá las mismas posibilidades de éxito si es capaz de compensar los sacrificios necesarios con otras tantas ventajas de inmediatez perceptible, es decir, si es capaz de hacer de la sustitución de recursos una oportunidad para la creación de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo y ganancias sin caer en las venenosas mallas de las finanzas, que, desentendiéndose de la economía real, han contribuido eficazmente a la crisis del capitalismo y al aumento de las desigualdades.

3. *La responsabilidad social de las empresas*

Antes he mencionado la responsabilidad social de las empresas (también conocida por las siglas CSR: *Corporate Social Responsibility*³. Alude a la integración social de las actividades empresariales, lo que significa que las empresas

³ Ha surgido una amplia literatura jurídica sobre el tema. Véase, por ejemplo, G. CONTE, *Le sfide del mercato globale: la responsabilità sociale d'impresa*, en *L'impresa responsabile*, Milán, 2018, 41 y ss.; ID., *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente: nuovi paradigmi di governo delle decisioni e nuovi modelli di ripartizione delle responsabilità*, *ibidem*, 171 y ss.; ID., *Comunità internazionale, governo dell'economia e prassi socialmente responsabili*, *ibidem*, 283 y ss.; S. ROSSI, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 99 y ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, en *Danno e resp.*, 2022, 5 y ss.; I. SPEZIALE, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, en *Contr. e impr.*, 2022, 752 y ss.; F. GAUDIOSI, *La convergenza*

deben responsabilizarse de la protección de los trabajadores, los consumidores, los proveedores y las comunidades locales con las que interactúan. El Libro Verde de la Comisión Europea de 18 de julio de 2001 la define como ‘la integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ecológicas de las empresas en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores’.

Aquí podemos considerar un primer perfil de interés privado, y en particular comercial, en relación con el cual hay que partir de la premisa de que esta cuestión tiene sus explicaciones más relevantes en relación con las actividades de las medianas y grandes empresas, cuyo impacto social y medioambiental es mayor. Empresas, por tanto, cuya propiedad se atribuye a sociedades.

La sostenibilidad se cruza con el tema del ‘interés social’: un tema antiguo, pero que nunca pierde su relevancia cada vez que se trata de saber si, y en qué medida, un interés distinto del beneficio del accionista debe guiar las decisiones de los directivos.

En el centro de la cuestión está la forma de concebir la empresa, ya sea como un contrato – en la medida en que surge del acuerdo de los accionistas – o como una institución, es decir, como una entidad con un interés propio, distinto y adicional al de los accionistas. Es evidente que la teoría de la responsabilidad social de las empresas afecta al interés empresarial al desplazar su centro de gravedad más allá del interés de la propia empresa, distinto del de los accionistas. Introduce la relevancia de otros intereses, los de la comunidad, dando lugar a la aparición de una especie de ‘obligación fiduciaria’ de la empresa hacia terceros⁴.

Con estas características, la responsabilidad social de las empresas ha afectado a las normas de gestión, es decir, a los deberes que incumben a los administradores⁵. El acrónimo ESG identifica los tres factores entrelazados: medio ambiente, contexto social y decisiones administrativas (*Enviromental, Social y Governance*).

4. *Autonomía, normas de obligado cumplimiento, autodisciplina*

He dicho que la adhesión espontánea a normas altruistas por parte de los empresarios parece poco probable. Y, de hecho, la percepción de hipocresía ha hecho que uno se dé cuenta del fracaso de las políticas basadas únicamente en la determinación de las empresas y en técnicas de derecho ‘blando’.

tra diritto internazionale dell'ambiente e dell'economia alla luce del principio di sviluppo sostenibile: le prospettive di implementazione, en *Cammino diritto*, 2021, 2 y ss.

⁴ Véanse, recientemente, F. DEGL'INNOCENTI, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla sustainability due diligence*, en *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2023, 812 y ss.; L. DI NELLA, *Riflessioni su nuove tecnologie, tutele e principio di sostenibilità*, *ibidem*, 886 y ss.; M.C. GAETA, *Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica*, *ibidem*, 2076 y ss.

⁵ V. G. CAPALDO, *La governance degli enti privati nel mercato unico sostenibile*, en *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, editado por G. Capaldo cit., 1 y ss.

De ahí un planteamiento innovador que pasa de la voluntariedad, quizá estimulada por disciplinas incentivadoras, a la obligatoriedad, que se aplica mediante normas imperativas.

Existen varias intervenciones reguladoras en Europa. Las enumero sin ninguna pretensión de exhaustividad. Pero la diversidad de contenidos ayuda a comprender el alcance de las cuestiones planteadas por el tema.

Un primer intento, bastante antiguo, es el de la Directiva 2014/95 sobre la divulgación de información no financiera. El resultado fue insatisfactorio porque se observó que la información facilitada era insuficiente.

Volvió al tema el Reglamento UE 2019/2088 sobre ‘Divulgación de información sobre sostenibilidad en el sector de los servicios financieros’, que contiene (art. 2, punto 17) la definición de inversión sostenible, obligando a los operadores financieros a divulgar información relacionada con la sostenibilidad. Le siguió el Reglamento UE 2020/852, que, además de modificar el citado Reglamento 2019/2088, estableció ‘los criterios para determinar si una actividad económica puede considerarse sostenible desde el punto de vista medioambiental, con el fin de identificar el grado de sostenibilidad de una inversión’ (art. 1).

La Directiva 2017/828 promueve el compromiso empresarial a largo plazo al establecer el derecho de los accionistas a emitir un voto vinculante o consultivo sobre las políticas de remuneración de los consejeros.

Las cuestiones emergentes se sitúan en el ámbito de las finanzas éticas y la sostenibilidad en la banca y las finanzas⁶. El citado Reglamento UE 2019/2088 regula la divulgación de información sobre sostenibilidad en el sector de los servicios financieros, y el Reglamento UE 2020/852 interviene en el ámbito de los productos financieros introduciendo una clasificación en función del impacto ecológico y la medición de la sostenibilidad de las empresas para favorecer las inversiones en actividades sostenibles desde el punto de vista medioambiental.

Por último, tenemos – pero esto es *ius condendum* – la propuesta de Directiva sobre *due diligence* de 23 de febrero de 2022 para la responsabilidad de las empresas a lo largo de las cadenas de valor mundiales. Su objetivo es prevenir y mitigar el impacto sobre el medio ambiente mediante la identificación de un conjunto de actividades debidas por la empresa que pretende definirse como sostenible, tendiendo en última instancia a la creación de un nuevo *estatuto* de empresa,

⁶ Véase, por ejemplo, M. GIANNINI, *Autonomia privata e investimenti sostenibili. Green e social bonds*, en *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, editado por G. CAPALDO cit., 163 y ss.; G. PASSARELLI, *Riflessioni sugli effetti della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. sul diritto dei contratti e dei mercati finanziari*, en *Atti del XIV Convegno nazionale Orizzonti del Diritto Commerciale sobre Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il Diritto commerciale*, 2023.

Con un sesgo pragmático, E. ALAIO y M. BOWINKEL, *La sostenibilità in ambito bancario*, en *Amm. & Finanza*, 2022, 63 y ss.; M. BOWINKEL, E. ALAIO y E. SOBACCHI, *La finanza sostenibile e i Green Bond*, *ibid.*, recuadro, III y ss.

al que se vinculan prerrogativas y deberes en materia de medio ambiente y derechos humanos.

En resumen, entre las disposiciones más importantes del reglamento previsto, destaca la obligación de adoptar determinadas políticas de gestión (art. 5), incluida la prevención de impactos adversos (art. 7) sobre el medio ambiente y la protección de los derechos humanos, con la adopción de un plan de acción con indicadores cualitativos y cuantitativos específicos que deben observarse y un código de conducta empresarial. Todo ello con la responsabilidad que se deriva en caso de infracción (art. 22).

Pero la propuesta tiene limitaciones obvias porque sólo afecta a las grandes empresas y, sin embargo, también ha encontrado resistencia, probablemente por el problema de los costes organizativos de las obligaciones prescritas.

5. Elecciones voluntarias. Certificaciones de calidad

La necesidad de una regulación obligatoria no impide que las empresas se autorregulen mediante códigos de autorregulación, cuyo sentido radica en cubrir ámbitos de decisión y actividad que el régimen obligatorio deja al descubierto.

En los últimos años se ha puesto de moda – y es un capítulo interesante de la teoría de las fuentes⁷ – confiar a códigos de autorregulación, por parte de las empresas cotizadas, la búsqueda del ‘éxito sostenible’, cuya esencia se indica, en el código lanzado en Italia en 2020, ‘en la creación de valor a largo plazo en beneficio de los accionistas, teniendo en cuenta los intereses de las demás *partes* interesadas relevantes para la empresa’.

Esta perspectiva afecta a los deberes de los administradores al vincularlos a la persecución de fines distintos del clásico ánimo de lucro que caracteriza a las sociedades. Ello afecta a la conformación del objeto social, tradicionalmente entendido como la actividad en la que los socios pretenden limitar el riesgo empresarial, ampliando y matizando su espectro a la vista de los intereses a los que la sociedad ha pretendido vincularse mediante la adhesión al código de autorregulación.

Esto abre la cuestión, sobre la que no existe – que yo sepa – pronunciamiento jurisprudencial alguno, de la legitimación de terceros ajenos a la estructura societaria para exigir el cumplimiento de estos deberes adicionales y reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento. La regla general es que los terceros perjudicados por el incumplimiento de los deberes que incumben a los administradores también pueden reclamar una indemnización. Pero aquí la cuestión, obviamente, es otra porque entra en juego la legitimación de los terceros para exigir el cumplimiento de aquellos deberes que consisten en prestaciones a favor de

⁷ Sobre este tema me remito a mi *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, ahora en *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Turín, 2018, 91 y ss.

la generalidad o también a su favor, según un modelo que encuentra su emergencia normativa en el contrato a favor de tercero. Este perfil merece un desarrollo que aquí no es posible.

En el ámbito de la autonomía se sitúa, pues, el fenómeno de las certificaciones de calidad⁸, al que me referiré. Se trata de un fenómeno de naturaleza privada, consistente en la certificación, por parte de organismos privados, de la conformidad de un producto o de un servicio a prescripciones reglamentarias o al resultado de la autorregulación de particulares, como ocurre en el caso de la adopción de protocolos de producción por parte de empresas miembros de un consorcio.

Este fenómeno sale a la luz cuando las certificaciones de producto se consideran un criterio de evaluación incluido en las licitaciones de forma adicional y subsidiaria, favoreciendo a los competidores con una certificación que acredite, según la legislación de la UE, una mayor atención al impacto medioambiental y a la sostenibilidad en la producción y distribución del producto ofertado en la licitación.

6. Otra forma de hacer negocios. Empresa social y sociedades de beneficios

Luego tenemos las empresas con un estatuto jurídico especial. Italia, primera en Europa, con la Ley 208 de 28 de diciembre de 2015 concedió un *estatuto jurídico especial* a las empresas que destinan beneficios a la creación de ‘valor social’: las empresas de *beneficio*. Se trata de empresas que, ‘en el ejercicio de una actividad económica, además de la finalidad de repartir beneficios, persiguen uno o varios fines de beneficio común y operan de manera responsable, sostenible y transparente respecto a las personas, las comunidades, los territorios y el medio ambiente, los bienes y actividades culturales y sociales, las entidades y asociaciones y otros grupos de interés’. Así las define el apartado 376 del artículo 1 (esta horrible práctica reglamentaria de un solo artículo con cientos de apartados sólo depende de la organización del trabajo parlamentario).

Así, tenemos sociedades cuyo objeto no es sólo el beneficio, sino también el ‘beneficio común’⁹. Importa (apartado 377) ‘una gestión orientada a equilibrar el interés de los socios y el interés de aquellos sobre los que la actividad de la sociedad pueda repercutir’. Sin embargo, los datos reglamentarios no atribuyen poderes a los no socios.

⁸ Véase, sobre este tema, E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milán, 2011, *passim*.

⁹ Véase, por ejemplo, G. MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2017; C. ANGELICI, *Società benefit*, *ibidem*; A. FRIGNANI y P. VIRAINO, *Le società benefit: luci e ombre*, en *Dir. ed econ. impr.*, 2016, 227 y ss.

Las sociedades de *beneficencia* se diferencian de las empresas sociales (reguladas en Italia por el Decreto Legislativo n° 112 de 3 de julio de 2017) porque en estas últimas el ánimo de lucro tiende a excluirse¹⁰.

7. Protección del medio ambiente

La atención al medio ambiente se consagró en la modernización de los artículos 9 y 41 de la Constitución italiana mediante la Ley Constitucional n° 1 de 11.2.2022, inspirada en una decisión del Tribunal Constitucional¹¹.

En el artículo 9 de la Constitución – sobre la cultura, la investigación científica y el paisaje – se introdujo un tercer apartado, según el cual la República ‘protege 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’¹².

En el artículo 41 de la Constitución – sobre la iniciativa económica privada – se han introducido dos referencias al medio ambiente: la iniciativa económica privada es libre, pero ‘no podrá realizarse en pugna con la utilidad social o de modo que atente contra *la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad y la dignidad humana*. La ley determinará los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada se oriente y coordine con fines sociales y *ambientales*’ (las novedades están en cursiva).

En resumen, un cambio de ritmo ‘verde’. Por supuesto, no es posible analizar aquí el alcance de esta novedad, pero hay que subrayar que la referencia a las ‘generaciones futuras’ crea un *estatuto* sólo para los sujetos potenciales, y se aplica a la naturaleza y a los animales. La circunstancia de que se aluda a ‘intereses’ y no a derechos no me parece significativa en el sentido de limitar las formas de protegerlos.

Además, la referencia a criterios medioambientales está muy arraigada en las actividades empresariales con impacto ambiental. La ‘evaluación ambiental estratégica’ hunde sus raíces en la normativa internacional (sin pretensión de exhaustividad: Convenio de Espoo de 25 de febrero de 1991 sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, Protocolo de Kiev de 23 de febrero de 2003 sobre la evaluación ambiental estratégica y europea), y la Directiva 2001/42/CE (Directiva EAE) – recibida en Italia mediante el Decreto Legislativo de 3 de abril de 2006 n° 152 (Código del Medio Ambiente) – garantiza la realización de una evaluación ambiental de determinados planes y programas que

¹⁰ A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2017.

¹¹ Corte costituzionale, 23 de marzo de 2018 n° 58.

¹² Entre las numerosas contribuciones, véase G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, en *Contr. e impr.*, 2022, 361 y ss.

puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, garantizando un alto nivel de protección ambiental y contribuyendo a la introducción de consideraciones ambientales en la preparación y aprobación de planes y programas con el fin de promover el desarrollo sostenible.

8. *Los ‘derechos’ de la naturaleza y los ‘derechos’ de los animales*

Un guiño a los ‘derechos’ de la naturaleza y los ‘derechos’ de los animales¹³. La mayor sensibilidad hacia la naturaleza ha llevado a darse cuenta de que los cambios debidos al progreso de la economía industrial generan reacciones potencialmente catastróficas, que el hombre es incapaz de gobernar. La visión antropocéntrica, del hombre como subyugador de la naturaleza, muestra plenamente sus límites e induce al desarrollo de una justicia ecológica, en la que encuentran su lugar los ‘derechos’ de la naturaleza y los derechos de las generaciones futuras.

Se entiende que el alcance casi trascendente de los ‘titulares’ de estos derechos los sustrae de la lógica de la subjetividad, y se agota en las protecciones que se manifiestan a través de normas de conducta marcadas por la prevención y la precaución: la primera dirigida a evitar determinados riesgos, la segunda a aplicar precauciones ante la incertidumbre del riesgo.

Traducidas en normas, la prevención y la precaución se distinguen por la puntualidad que debe caracterizar a las normas de prevención y, en cambio, por la vaguedad de las normas de precaución, cuya esencia reside en la incapacidad de establecer claramente la medida necesaria para proteger los intereses que pretenden proteger.

La incógnita tecnológica, rasgo característico de nuestra época, apunta a la precaución como criterio a emplear en la configuración de las disciplinas, encontrando el punto de equilibrio a través de una lógica conservadora de la naturaleza, los ecosistemas y los organismos vegetales vivos.

La perspectiva de la subjetivización de la naturaleza o de algunos de sus componentes o manifestaciones no debe sobrevalorarse. La alternativa entre sujeto de derecho y objeto de protección no marca una distinción decisiva porque el derecho positivo ofrece protecciones, y son éstas las que importan, no la premisa teórica de que constituyen un corolario de la subjetividad o alguna graduación de la misma. Nadie duda de que la persona humana es sujeto de derecho, pero lo es en la medida en que goza de las protecciones que el derecho le reconoce, a saber, la plenitud de la capacidad jurídica, con el rechazo de las limitaciones a la capacidad que colisionan con la dignidad humana.

La subjetividad, entendida como instrumento monolítico, tampoco se presta a ser utilizada para la protección de los animales o de los recursos naturales.

¹³ Sobre este tema véanse las contribuciones recogidas en el volumen *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, editado por D. BUZZELLI, Pisa, 2023.

No creo que sea indispensable imaginar la subjetividad, a partir de la cual sería necesario contar con órganos o representantes para gestionar el interés del animal como sujeto incapacitado. Sin embargo, sí me parece oportuno abandonar la idea de que el sujeto de derecho es una realidad monolítica y siempre la misma, inmutable, que necesariamente conlleva caracteres y consecuencias inevitables.

En última instancia, la alternativa entre sujeto y objeto se difumina al centrarse en las protecciones. La línea divisoria entre el sujeto y el objeto de protección, si abandonamos las preconcepciones ideológicas y simbólicas, es borrosa y carece de sentido. Las normas se dirigen al hombre y se refieren a su comportamiento. El recurso al *estatuto*, que, aunque tradicionalmente se refiere a un modo de ser de la subjetividad, también puede utilizarse independientemente de ésta para referirse a una cosa, podría resultar útil. Y las normas dictadas para la protección de las distintas especies animales podrían leerse en esta lógica. En los sistemas en los que el componente religioso da preeminencia a determinadas especies, la protección jurídica de éstas se sitúa en la lógica del *estatus*, en un campo de intersección entre el derecho, la tradición, la antropología y la cultura.

Esto puede dar lugar a una ampliación de la legitimidad para hacer valer los intereses medioambientales, vinculando así la protección de los animales y de la naturaleza a un interés jurídicamente relevante generalizado, alimentado por una visión ‘ecocéntrica’, que, tal como están las cosas, sólo en cierta medida está afirmada, en términos de legitimidad, en Italia por el Decreto Legislativo n° 152 de 3 de abril de 2006 (artículo 309).

9. Precaución

He mencionado la precaución: representa el medio mínimo de perseguir la sostenibilidad. No pretendo profundizar aquí en ella, tampoco en su conexión con la obligación, a la que he dedicado algunas reflexiones más extensas¹⁴. Me limitaré a enunciar su significado para captar su importancia en la sistemática de los conceptos jurídicos.

Tradicionalmente, se designa como la expresión de un principio: el principio de precaución¹⁵. La elevación a principio, como siempre ocurre en la dimensión jurídica, sirve para impregnar un concepto de aptitud para la generalización. La expresión – cuyo precedente internacional está en la llamada ‘Declaración de

¹⁴ Me refiero a dos de mis trabajos: E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, y ID., *Precauzione e obbligazione*, ahora ambos en ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile cit.*, 19 y ss. y 63 y ss. respectivamente. El segundo trabajo se publica también en español con el título *Precaución y Obligación* en el volumen editado por R. MORALES HERVIAS y G.F. PRIORI POSADA, *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, Lima, 2012, 53 y ss.

¹⁵ Entre las diversas aportaciones véase, por ejemplo, F. DEGL'INNOCENTI, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Nápoles, 2019, 141 y ss.

Río' de 1992 – se encuentra en el artículo 191 TFUE, dictado en materia de protección del medio ambiente, según el cual 'la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado' y 'se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga' (apartado 2).

No es más que una alusión, ya que enuncia la precaución sin describir su contenido. Esto, estilísticamente, refleja la actitud natural de legislar por principios en la indicación de cláusulas generales; en el fondo, refleja una elección obligatoria ya que sería difícil, y probablemente limitante, encerrar la precaución dentro de caracteres normativos circunscritos.

El orden expositivo, que sitúa la precaución en primer lugar, permite trazar el flujo de la protección: la indemnización, en último lugar, precedida de su aplicación de forma específica, la prevención y la precaución. La indemnización presupone el daño, la prevención – como he dicho – ataja un riesgo cierto para evitarlo, la precaución opera cuando no hay certeza del riesgo. Se convierte, por tanto, en la regla de actuación en un contexto de incógnita tecnológica, y expresa un criterio creador de reglas concretas de actuación: un criterio que, aunque enunciado en el contexto de la protección del medio ambiente, va más allá de su ámbito intrínseco.

La formulación europea del principio establece una norma que no sólo se dirige a los legisladores, sino también a los órganos administrativos de los Estados, que, a falta de legislación primaria, deberán respetarla al adoptar medidas, ya sean reglamentarias o de carácter general o particular.

Sin embargo, no establece una noción ni esboza contenidos: identifica un ámbito de expresión del principio, que puede apreciarse por su capacidad de vincular la actividad administrativa con independencia de que una ley especifique su aplicación en alguna materia concreta, porque, en definitiva, deriva de la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de la Administración (art. 97 de la Constitución italiana). En otras palabras, la precaución es una actitud necesaria en cualquier actividad administrativa con independencia de su formulación en alguna norma: la dictada a nivel europeo, en materia de medio ambiente, no es sino una de sus explicaciones. Pueden encontrarse otras en las que normas primarias o secundarias establecen precauciones para salvaguardar determinados intereses, tradicionalmente referidos a la salud y al medio ambiente.

La búsqueda de la sostenibilidad, con toda probabilidad, amplía el campo de la precaución, a la que la integración de los artículos 9 y 41 de la Constitución confiere un alcance preceptivo inmediato en relación con el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas. La formulación de la norma constitucional, que identifica a la 'República' como sujeto obligado a hacerse cargo de la protección, no afecta a su eficacia directa, es decir, al margen de la mediación de leyes ordina-

rias y normas secundarias. Todas las normas están concebidas para ser aplicadas, de modo que las normas constitucionales sirven sobre todo para completar y configurar el sentido de las ordinarias.

De ello se desprende que la protección del medio ambiente requiere la observancia de normas de precaución extraídas de la experiencia, aunque no se formalicen en prescripciones normativas específicas (en Italia, la cuestión se encomienda al Decreto Legislativo nº 151 de 3 de abril de 2006 – conocido como ‘código de medio ambiente’-, así como a disciplinas más específicas).¹⁶

10. *Alcance de la precaución. Precaución y responsabilidad*

El principio de precaución se considera una premisa de los reglamentos individuales, que explicitan su contenido. Esto plantea una cuestión inicial: ¿cuál es el alcance de una especificación expresa del principio?

No se puede suponer que sólo opera en tal caso, ya que ello equivaldría a excluirlo del grupo de los principios jurídicos. Sin embargo, también es evidente que la existencia de puntilliosidad lleva a circunscribir la aplicación del principio a la observancia de prescripciones normativas y providenciales individuales.

Esta pregunta plantea otra: ¿puede ser una explicación del principio de precaución una norma que no se refiera expresamente a él? Negarlo exigiría restringir el principio a su explicación terminológica, mientras que el alcance de una norma se explica en términos funcionales.

Por tanto, la dimensión del principio no se limita a las normas que lo contemplan: ni en sentido negativo, porque – precisamente por ser un principio – opera incluso donde no se menciona; ni en sentido positivo, en el sentido de que sus explicaciones no cierran su ámbito.

El contacto de la normalización con la incertidumbre de las perspectivas técnico-científicas lleva a constatar el ‘bypass’ de la legislación por la tecnología, e impone una concreción de la acción que tiende a socavar el principio de legalidad, que rige la actividad administrativa.

Podemos, por tanto, fijar un punto: la perspectiva de la tutela cautelar no está vinculada a una prescripción normativa explícita, sino que surge, en el ámbito público, de las posiciones jurídicamente protegidas con las que los *munera* que sustancian la actividad administrativa¹⁷ interfieren y vinculan la actuación de los particulares. Es en esta dimensión donde se capta el alcance preceptivo de los nuevos artículos 9 y 41 de la Constitución.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, en materia de uso público del agua, las prescripciones destinadas a combatir la sequía dictadas por el Decreto Legislativo nº 39 de 14 de abril de 2023, convertido en la Ley nº 68 de 13 de junio de 2023.

¹⁷ Véase Cass. SS.UU. 21 de octubre de 2021 nº 29299; Cass. SS.UU. 30 de abril de 2020 nº 8436; Cass. 4 de febrero de 2020 nº 2502.

La existencia de normas, primarias o secundarias, que conforman el ejercicio de determinadas actividades, y la necesidad de observarlas, plantea la cuestión de si ello agota la precaución debida. La solución requiere una evaluación funcional de las propias normas para determinar si las prescripciones pertinentes se establecen con fines cautelares¹⁸. En caso afirmativo, su observancia excluye la responsabilidad, sin perjuicio de lo que diremos más adelante; en caso negativo, no interfieren con la precaución, de modo que la responsabilidad puede hacerse valer mediante la aplicación de las normas generales¹⁹.

En el ámbito del derecho privado, las investigaciones que no se limitan a describir sino que tienden a verificar la autonomía del principio de precaución deben dirigirse a identificar los momentos en los que no se disuelve en la teoría de la responsabilidad: en efecto, cuando la violación del principio de precaución es un aspecto de la responsabilidad civil, no queda espacio para reconocer autonomía alguna. El sentido del principio reside, en efecto, en anticipar el momento de la protección respecto del control posterior, que es el propio de las normas de responsabilidad: cuando el daño se ha producido, las normas cautelares sólo sirven para configurar la responsabilidad.

En el contexto de la responsabilidad extracontractual, la precaución se absorbe en la valoración de dos perfiles del ilícito: la causalidad y la culpa. En particular, cuando el deber de precaución es una cuestión de disposición normativa, se toma en consideración ese segmento de culpa consistente en ‘el incumplimiento de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas’ (artículo 43 del Código Penal italiano), que, al mismo tiempo, también es relevante desde el punto de vista de la prueba del nexo causal.

Esto introduce, sin embargo, la cuestión de si, ante la incógnita tecnológica²⁰, el cumplimiento de las normas de la actividad ejercida es, por sí mismo, suficiente para excluir la culpa y, con ella, la responsabilidad. La observación de la cuestión debe partir de la función de las normas a aplicar: si, en efecto, se limitan a identificar el parámetro de licitud pública del ejercicio de una determinada actividad, su observancia no excluye la concurrencia de alguna responsabilidad; cuando, por el contrario, los parámetros reguladores de la actividad se construyen en función del interés que la medida cautelar pretende proteger, y son, por tanto, expresión del mismo, su observancia orienta la solución en sentido contrario.

Queda, sin embargo, una zona límite, en la que los daños, ocurridos a pesar del pleno cumplimiento de las prescripciones normativas, no pueden atribuirse a

¹⁸ V. Cass. 11 de marzo de 2021 n° 6897.

¹⁹ V. Cass. 18 de febrero de 2020 n° 4004, sobre el tema de la responsabilidad por daños causados por la fauna silvestre.

²⁰ Sobre este tema, véase R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milán, 2012, *passim*.

factores extrínsecos y, por lo tanto, las propias normas cautelares existentes han revelado su insuficiencia para proteger todos los intereses posibles.

De lo que se trata, aquí, es de distribuir el riesgo de la incógnita tecnológica: por un lado, el cumplimiento de las técnicas impuestas por las normas cautelares conduce a la exclusión de la responsabilidad extracontractual; por otro, la consecuencia de que el daño deba seguir siendo responsabilidad de quien lo ha sufrido deja insatisfecho. La cuestión introduce el interrogante de si el daño es irrelevante, si es indemnizable aunque derive de un acto lícito – pero en este punto entra en juego la tipicidad de los llamados actos dañosos lícitos – o, por el contrario, es indicativo del ilícito civil.

El camino hacia una solución debe partir de la constatación de que la adopción de medidas cautelares a nivel de legislación primaria o secundaria, así como a nivel de medidas, presupone una cierta constatación del potencial de riesgo inherente a determinadas actividades, que también debe correr a cargo de quienes las realizan efectivamente.

Por tanto, un criterio útil para fundar un deber de precaución más intenso puede encontrarse en las condiciones subjetivas de la persona que ejerce la actividad, es decir, en su aptitud para percibir la necesidad de observar técnicas operativas más rigurosas que las prescritas, en razón de las situaciones particulares en que se ejerce la propia actividad, ya que la existencia de un reglamento técnico no circunscribe el alcance de la diligencia exigida.

Además, allí donde el problema se plantea con mayor intensidad, es decir, en el ámbito de la protección de la salud, el hecho de que las normas cautelares le sean funcionales no circunscribe su alcance, que queda configurado, pero no limitado, por las normas que constituyen su aplicación.

Si, en la responsabilidad, la cautela se moldea sobre los perfiles de la culpabilidad y la prueba de la causalidad, su campo exclusivo de explicación se identifica cuando el daño no se ha producido y, sin embargo, no se adoptan las medidas adecuadas para evitarlo: sólo aquí, de hecho, la violación de la norma cautelar adquiere relevancia en sí misma. El principio, por tanto, tiene un ámbito de aplicación exclusivo en la dimensión de la medida cautelar, es decir, de la orden del juez dirigida a impedir o conformar una acción, y contribuye a crear un espacio en el que se construye un ilícito de peligro incluso en ausencia de responsabilidad. No es necesario, sin embargo, que exista una norma específica cuya infracción constituya en sí misma un ilícito civil, sino que basta una negligencia tal que preludie un daño.

11. *Subsidiariedad social u horizontal*

La subsidiariedad también está relacionada con la sostenibilidad. Lo está, en particular, en algunas de sus expresiones: en los códigos de autodisciplina, de los

que hemos hablado; diría también en la posibilidad de construir deberes de precaución más intensos que los previstos por la ley para aquellos sujetos que, por competencia, fuerza económica, capacidad organizativa, están en mejores condiciones de percibir los riesgos inherentes a sus iniciativas.

El principio de subsidiariedad horizontal (o social) se recoge explícitamente en el apartado 4 del artículo 118 de la Constitución italiana: 'El Estado, las regiones, las ciudades metropolitanas, las provincias y los municipios favorecerán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, tanto individual como asociada, para llevar a cabo actividades de interés general, sobre la base del principio de subsidiariedad'²¹.

El 'reconocimiento' de la autonomía privada es el arquetipo de la subsidiariedad porque expresa la función vicaria del Derecho respecto de las determinaciones de los particulares: al fin y al cabo, el quid de la subsidiariedad reside en esto, en que las intervenciones públicas se realicen en el nivel más adecuado. Al fin y al cabo, ésta no es más que la actitud normal del Derecho con respecto a la socialidad, que revela la función subsidiaria de la regulación. Frente a la pluralidad de ordenamientos jurídicos y al fenómeno, ya sustancial, de las organizaciones privadas con vocación normativa, se advierte un principio de paridad entre lo público y lo privado que la aparición del principio de subsidiariedad social en el texto constitucional ha sellado.

La explicitación constitucional de la subsidiariedad horizontal (o social) presta un importante apoyo a la iniciativa privada y a la autonomía, proporcionando, ante todo, un criterio de orientación y una clave de interpretación de las disposiciones que afectan a la actuación de los particulares. Por lo tanto, el principio, al tener rango constitucional, tiene la capacidad de conformar la actividad normativa, proporcionando al mismo tiempo un modelo inspirador de las opciones que han de tomarse en la base de esta última.

Que el ejercicio privado de actividades de interés general deba ser favorecido por los poderes públicos representa la gran innovación: de ello se sigue, en el plano de la acción administrativa, una retirada de la iniciativa pública cuando el ejercicio de la actividad por los particulares se revela adecuado a los fines. Este es el plan del 'tercer sector', en el que la actividad de los particulares asume tareas tradicionalmente reservadas a los poderes públicos en una lógica de solidaridad y, por tanto, al margen de las aspiraciones lucrativas del mercado: el tercer sector se sitúa entre el Estado y el mercado, y las normas que lo regulan trazan un sistema de interco-

²¹ Existe una literatura interminable sobre el tema. Me limitaré a recordar algunas de mis aportaciones: E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*; ID., *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*; ID., *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*; ID., *Pubblico e privato: spigolature di un civilista*, todas ellas recogidas ahora en ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile* cit., respectivamente 1 y ss., 109 y ss., 121 y ss., 165 y ss.

nexiones entre el trabajo de los particulares sin ánimo de lucro subjetivo y la actividad administrativa, cuyas funciones se ‘externalizan’ a cambio del disfrute de prerrogativas legales, aportaciones económicas y un tratamiento fiscal ventajoso.

La materia, en la que se agitaba desordenadamente una pluralidad de leyes, fue reorganizada por dos decretos legislativos, el Decreto Legislativo nº 112, de 3 de julio de 2017, sobre la empresa social, y el Decreto Legislativo nº 117, de 3 de julio de 2017 (Código del Tercer Sector)²². Ambos ofrecen un listado de ‘actividades de interés general’ mediante un reconocimiento de la esfera de impacto del principio de subsidiariedad.

Por lo que se refiere a la sostenibilidad, el artículo 2 del Decreto Legislativo 112/2017, en el apartado e), menciona ‘las intervenciones y los servicios destinados a la preservación y a la mejora de las condiciones del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales’; el artículo 5 del Decreto Legislativo 117/2017, en el apartado e), menciona ‘las intervenciones y los servicios destinados a la preservación y a la mejora de las condiciones del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales’: de modo que – y no había razón para dudarlo – la sostenibilidad, como preservación del medio ambiente, también entra dentro de este ámbito.

Aunque la lista de tales actividades, debido a su amplitud, hace que, en la actualidad, sea difícil imaginar ámbitos adicionales, el límite de las ‘actividades de interés general’ se hace móvil por la posibilidad de que se actualice mediante un decreto del Presidente del Consejo de Ministros, es decir, mediante legislación secundaria (art. 2, apartado 2, Decreto Legislativo 112/2017, y art. 2, apartado 2, Decreto Legislativo 117/2017), considerando así la posibilidad de que surjan nuevos casos en la comunidad²³.

12. *Expresiones de la subsidiariedad social*

Muchas de las actividades de interés general tienen un valor público en el sentido de que son, fisiológicamente, objeto de *munera* administrativa. Pero sería reductor limitar el abanico de iniciativas en las que debe favorecerse la acción pri-

²² La literatura sobre el tema es, a estas alturas, larguísima. Por ejemplo, véase P. CONSORTI, L. GORI y E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018², 43 y ss.; AN. FUSARO, *Gli enti del Terzo settore. Profili civilistici*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milán, 2022, 45 y ss.; M. CEOLIN, *Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016 n. 106*, en *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2023, 64 y ss.

²³ V. M. CEOLIN, *Codice del Terzo settore* cit., 67, quien (70) plantea dudas de legitimidad constitucional sobre la posibilidad de que la lista pueda ser actualizada por una fuente normativa secundaria, ya que ‘más que una actualización’ se trata de ‘una verdadera y propia modificación del artículo’. En términos más generales, la atención a las necesidades de los pueblos rurales y los recursos naturales es objeto de C. MINGRONE, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, en *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2021, 208 y ss.

vada a las acciones ‘con contenido administrativo’ porque, en la práctica, muchas actividades pueden prescindir de él.

Se ha planteado la cuestión de si la actividad empresarial está excluida porque se rige por los artículos 41 y 43 de la Constitución, o qué relación debe existir entre el principio de subsidiariedad y la iniciativa económica privada. En realidad, las actividades para las que opera el principio de subsidiariedad se caracterizan por su finalidad, no por su caso. Y el ámbito del tercer sector, aunque caracterizado por un espíritu de solidaridad, y por tanto desprovisto de ánimo de lucro, puede expresarse pacíficamente en actividades empresariales, siempre que los beneficios no se destinen a la distribución, es decir, a actuar como beneficio subjetivo.

En cualquier caso, el artículo 41 de la Constitución, a cuyo texto me he referido anteriormente, es preeminente. Incluso el ánimo de lucro es, por tanto, compatible con el interés general de la actividad y, por tanto, no excluye *a priori* que los particulares, que persiguen este último al tiempo que el primero, puedan invocar el artículo 118.4 de la Constitución²⁴.

También es ya un lugar común – como hemos señalado – que la empresa puede orientarse a la ‘realización de fines de interés general’ tras la positiva aparición del ámbito multiforme del llamado Tercer Sector y de la ‘empresa social’, donde, emblemáticamente, el fin social se eleva a criterio distintivo de una actividad (regulada por normas especiales) con independencia del estatuto jurídico que asuman quienes pretendan llevarla a cabo.

La actividad ‘reguladora’ de los particulares se basa también en el principio de subsidiariedad social. La necesidad de favorecer la autorregulación y no dictar normas si no existe una disciplina espontánea adecuada establece un parámetro de legitimidad constitucional sobre la propia competencia pública reguladora. El tema de la autorregulación, los códigos deontológicos o de conducta es un ejemplo elocuente.

Una última consideración. En el contexto de la subsidiariedad, también es posible situar autoridades administrativas independientes, cuyas actividades afectan a determinados asuntos de interés general. No se trata, sin embargo, de una explicación de la subsidiariedad social (u horizontal), sino de la subsidiariedad vertical (o institucional), que opera, es decir, en la esfera pública, en el reparto de competencias administrativas. Se trata de organismos estatales desvinculados del gobierno con una función reguladora, supervisora y, a veces, sancionadora, encargados de supervisar determinados sectores. En las últimas décadas, estas autoridades han proliferado y la cuestión más grave que plantean es la efectividad de su independencia. Su actividad surge como un fenómeno más, peculiar, de subsi-

²⁴ El estudio de B. AGOSTINELLI, *L'autonoma iniziativa dei privati nell'economia solidale. Nuovi prospetti della sussidiarietà*, Nápoles, 2018, está dedicado a los fenómenos adscribibles a la llamada ‘economía solidale’ y a las transacciones que pueden considerarse connotadas por una causa solidaria, adscribible a la subsidiariedad social.

diariedad, caracterizado por la devolución de la potestad normativa a un órgano independiente del poder ejecutivo y de los entes públicos territoriales.

En la actualidad, no existe ninguna autoridad independiente que vele por la sostenibilidad, ya que la que, por su nombre, podría sugerirlo – la Autoridad Reguladora de la Energía, las Redes y el Medio Ambiente – se ocupa esencialmente de la protección de los consumidores en los sectores de la distribución de energía y los servicios de abastecimiento de agua, así como de la regulación de la eliminación de residuos. Sin embargo, me parece que no hay necesidad de ello si se reflexiona que la búsqueda de la sostenibilidad ambiental bien puede ser cumplida por la administración central y los organismos públicos territoriales. La misma consideración podría aplicarse a varias autoridades independientes existentes: pero eso abriría otro debate.