

icade núm. 100 [Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales]

Monográfico

Años de transformación en el ámbito del Derecho, la Economía y la Empresa: la importancia de la regeneración

3. La degradación del medio ambiente como discriminación por razón de la edad (AXEL GOSSERIES)

3 La degradación del medio ambiente como discriminación por razón de la edad

*)

AXEL GOSSERIES

Senior Research Fellow, Fonds de la Recherche Scientifique (FNRS, Belgium) Chaire Hoover d'éthique économique et sociale. axel.gosseries@uclouvain.be. Universidad Católica de Lovaina

Sumario:

- I. Introducción
- II. El argumento
- III. Una lectura de la discriminación por razón de la edad
- IV. La discriminación por razón de la edad y el medio ambiente
 - 1. Alcance personal
 - 2. Alcance material
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

RESUMEN: En este trabajo se argumenta que las leyes contra la discriminación pueden usarse en la litigación ambiental para luchar contra la degradación ambiental, incluyendo el cambio climático. Esta afirmación se basa en la posibilidad de hacer una lectura de las leyes contra la discriminación que permite considerar la degradación ambiental como una discriminación entre generaciones. Esta interpretación ha recibido un apoyo implícito en algunas resoluciones judiciales como el caso del Tribunal de Justicia Europeo (TJE) *Comisión vs. Hungría*. Se analiza el alcance de las condiciones personales y materiales necesarias para que esta estrategia pueda tener éxito.

ABSTRACT: This paper argues that anti-age-discrimination law can be used in environmental litigation to combat environmental degradation, including climate inaction. This claim is premised on the possibility of a cohortal reading of anti-

agediscrimination law, allowing to challenge discriminatory environmental degradation between generations. Such a cohortal reading received implicit legal support e.g. in the 2012 Commission v. Hungary ECJ case. We specify the personal and material scope conditions under which this strategy could be legally successful.

PALABRAS CLAVE: Leyes anti-discriminación; Derecho ambiental; equidad entre generaciones; discriminación por razón de la edad; litigación ambiental; caso *Urgenda*

KEYWORDS: anti-discrimination law; environmental law; intergenerational equity; age discrimination; climate litigation; Urgenda case

I. INTRODUCCIÓN

Como miembros de generaciones que compartimos un único y mismo planeta, muchos nos preguntamos si la actuación de nuestra generación es justa en relación a otras generaciones, tanto en relación a aquellas que coexisten con nosotros como a aquellas que nos seguirán en el futuro. Muy serias preocupaciones nos invaden hoy en los ámbitos social y ambiental: la sostenibilidad del sistema de pensiones en un contexto de envejecimiento progresivo de la población, la sostenibilidad de la deuda externa, la evolución del mercado de trabajo en un mundo cada vez más tecnológico, el cambio climático, la contaminación de los suelos, la erosión de la biodiversidad, etc. Incluso sin echar la vista muy lejos, observamos que también existen desigualdades importantes entre generaciones contemporáneas. CHAUVEL Y SCHRÖDER (2014a y 2014b) han comparado recientemente cuál es la suerte de diversas generaciones en diferentes países. Para el caso de Francia concluyen que «si la generación nacida en 1975 hubiera tenido la oportunidad de seguir la excepcional tendencia de crecimiento que disfrutaron las generaciones nacidas entre 1920 y 1950, ahora tendrían un nivel de vida un 30% superior». La comparación de las desigualdades entre la población inmigrante y la nacional en Francia es todavía más llamativa: «la comparación para una edad, sexo y nivel de educación dados muestra el hecho de que ser inmigrante en Francia conlleva una pérdida en el nivel de ingresos de un 15%; esta es la magnitud de la discriminación hacia los extranjeros que existe en Francia. Es de una intensidad menor que la discriminación generacional que se da entre las generaciones nacidas después de 1970 si las comparamos con aquellos que nacieron en los años 40. En otras palabras, las generaciones de jóvenes franceses son como extranjeros en su propio país».

El reto al que nos enfrentamos es triple. En primer lugar, necesitamos aclarar qué deberes tenemos para con las otras generaciones, lo que requiere entrar a debatir con las estructuradas teorías de la justicia intergeneracional, o al menos, contar con un grupo de principios/derechos cuyo contenido y peso respectivo pueda ser discutido democráticamente. El punto de partida aquí es que el debate democrático es la mejor forma de llegar a conclusiones justas si se alimenta no solo de los datos científicos de los que se disponga, sino también de teorías de la justicia claras, incluyendo las de justicia intergeneracional, ya que de esa forma se logrará un intercambio de argumentos intenso y enriquecedor (GOSSERIES, 2008a; GOSSERIES y MEYER, 2009). En segundo lugar, precisamos de métodos de medida para ser capaces de saber si nuestra generación está actuando de forma justa con las otras generaciones. Seguimos utilizando indicadores como el PIB o el GINI pero se ha trabajado poco en índices que sean intergeneracionales⁴. Está fuera de toda discusión que poco podemos hacer por las otras generaciones si desconocemos datos sobre su situación o las evaluamos con los datos e indicadores que solemos utilizar habitualmente. Un debate democrático adecuado no puede hacerse si se carece de métodos de medida y cifras que profundicen en las diferencias entre generaciones. Estas comparativas intergeneracionales resultan

complicadas porque la comparación de sucesivas generaciones teniendo en cuenta todas sus vidas requiere tanto de la recogida de datos sobre el pasado como de la elaboración de escenarios futuros plausibles. No obstante, esto no debe servir como excusa para hacer afirmaciones sin el fundamento de unos datos. En tercer lugar, necesitamos herramientas políticas para asegurarnos que, una vez que sepamos qué es lo que hay que hacer, los individuos y las instituciones realmente cumplan con los requisitos de la justicia. Y esto requiere trabajar sobre el carácter de la gente y sus visiones sobre el mundo ofreciendo formas alternativas de análisis y nuevos conceptos que permitan renovar su comprensión, interés y preocupación por estas cuestiones. Además se requiere un nuevo diseño institucional, con instituciones dedicadas a las cuestiones intergeneracionales, modificando las ya existentes para que adopten una perspectiva a largo plazo y que, en el campo jurídico, permitan abrir posibles nuevas formas de litigio.

La idea vertebral de este artículo es que la degradación ambiental puede ser considerada como una discriminación por razón de la edad con las consecuencias que ello tendría jurídicamente. Mi propuesta se centra pues en el tercer aspecto de los cambios necesarios que he enumerado y resulta relevante tanto en el lado de los cambios en el carácter de las personas como en las modificaciones institucionales. Enmarcar la degradación medioambiental como un problema de discriminación por razón de edad puede sonar extraño: modificaría la manera en que los seres humanos nos enfrentamos a la cuestión ambiental. Y lo que sería más importante para nosotros aquí, podría abrir una nueva forma de reclamar ante los tribunales, una nueva forma de litigar, permitiéndonos no sólo usar la legislación antidiscriminatoria para alcanzar objetivos medioambientales, sino también invocar un motivo específico de discriminación (la edad) con este propósito.

Con el fin de entender correctamente el significado y alcance de esta posible vía procesal alternativa, vamos a examinarla desde tres ángulos. El primero, es que la discriminación por razón de la edad sirve como sustituto de una discriminación por razón de la generación a la que se pertenece, que en la práctica no existe en la mayor parte de los ordenamientos. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, pero el argumento es que la discriminación por razón de la edad puede servir como sustituto.

Segundo, la litigación medioambiental ha sido llevada a cabo por jóvenes juristas en el relevante caso *Minors Oposa* en Filipinas en 1993, en el pleito «tutela pública atmosférica» (*atmospheric trust*) en Estados Unidos, en el reciente caso holandés *Urgenda* de junio de 2015, así como en el procedimiento belga *Klimaatzaak* (WOOD, 2012)². La edad de los demandantes es clave para ampliar el alcance de los litigios a largo plazo. La formulación de estas demandas en términos de discriminación por razón de la edad puede servir aquí como un complemento o un sustituto, pero comparten los mismos objetivos intergeneracionales que se persiguen con los litigios de tutela pública. Esto no es sorprendente si aceptamos que las demandas por discriminación por razón de la edad pueden actuar sustituyendo a la discriminación entre generaciones, dado que la injusticia entre distintas generaciones es lo que desencadena en gran medida la confianza en la doctrina de la tutela pública (*public trust*) por parte de los activistas medioambientales.

En tercer lugar, la discriminación por razón de la edad no es el único argumento que permite usar la legislación contra la discriminación con propósitos medioambientales. Junto al cuestionamiento de la constitucionalidad de determinadas leyes basándose en los argumentos de la igualdad y la no discriminación, hay otro argumento, perteneciente a lo que se conocen como «categorías sospechosas», que el movimiento ambientalista ha utilizado: la raza. En Estados Unidos, la litigación ambiental basada en

discriminación por motivos raciales ha servido para denunciar la contaminación que afecta de forma desproporcionada a barrios que están poblados mayoritariamente por población afroamericana. Si uno se basa en la Enmienda 14 e invoca la cláusula de igual protección para impugnar una decisión medioambiental supuestamente racista necesita demostrar la «intención discriminatoria». Este requisito –que está ausente en la legislación europea sobre discriminación por razón de la edad– ha resultado ser un impedimento para litigar con éxito en casos como *Bean vs. Southwestern Waste Management Corp.* (1979), *East Bibb Twiggs vs. Mason-Bibb County Planning & Zoning Commission* (1989) o *RISE vs. Kay* (1992) (ULEZALKA, 2007, pp. 59-61).

Nuestra propuesta de centrarse en la discriminación por razón de la edad opera en un contexto donde la «tutela pública atmosférica» y «la justicia ambiental» no han obtenido buenos resultados hasta ahora en Estados Unidos. Un punto importante es si contamos con razones para pensar que esta forma de argumentar la litigación ambiental tiene más posibilidades de tener éxito. Entre estas razones pueden señalarse la ya mencionada ausencia del requisito de la intencionalidad en la discriminación y la estrecha conexión entre las emisiones a largo plazo, la edad y el paso del tiempo. Además, ya sea específica o general la protección que obtengan los derechos ambientales, será interesante preguntarse por el valor añadido que aportaría enmarcar estas cuestiones en la discriminación por razón de la edad desde el punto de vista procesal.

II. EL ARGUMENTO

A pesar de que en Estados Unidos la legislación en contra de la discriminación por razón de la edad (si bien, de forma limitada) data de los años 60, en Europa es más reciente y su ámbito de aplicación más extenso. Su desarrollo se ha producido gracias a la [Directiva 2000/78/CE](#) del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE) y a la ampliación de las legislaciones nacionales contra la discriminación. Antes de esta Directiva, el TJE había abordado cuestiones relativas a la edad desde otros ángulos (por ejemplo, las diferencias por razón del género en la edad mínima de jubilación). Durante los últimos años se ha producido un número de casos presentados ante el TJE que examinan temas relativos a la edad de forma directa³⁾. En este trabajo voy a explorar un aspecto muy específico, cuya importancia no ha sido tomada en consideración de forma suficiente. Me centraré en analizar hasta qué punto la legislación contra la discriminación por razón de la edad puede ser utilizada no sólo en casos relativos a la discriminación entre grupos de edad, sino también en aquellos de discriminación entre generaciones. También trataré de identificar las condiciones legales que permitirían aplicar esta estrategia a materias como la degradación ambiental, aunque la mayoría de nosotros no pensemos en ésta en términos de discriminación por razón de la edad. Es cierto que esta estrategia puede no tener éxito, pero la única forma de saberlo consiste en analizar las condiciones necesarias para ello.

En resumen, el argumento que voy a explorar es el siguiente:

P1: La legislación contra la discriminación por razón de la edad puede ser utilizada para luchar contra la discriminación entre generaciones.

P2: La degradación ambiental puede ser discriminatoria hacia la próxima generación.

C: La degradación ambiental puede ser abordada desde la legislación contra la

discriminación por motivo de la edad.

Este argumento resulta novedoso al menos en dos aspectos. En primer lugar, a menudo estamos preocupados por la falta de precisión de las obligaciones legales para con las generaciones futuras. Cuando hay conceptos jurídicos vagos, cuando los derechos son formulados de forma muy general (como ocurre con el derecho a un medio ambiente sano), una manera de lograr darles mayor efectividad es invocando la existencia de una discriminación, señalando el hecho de que el grupo A tiene mejores condiciones que el grupo B desde el punto de vista de ese derecho. A continuación podemos analizar el grado de protección disfrutado por el grupo A para tratar de lograr un mismo nivel de protección en su derecho para el grupo B. Esta es una de las razones por las que la defensa de C puede ser importante en la práctica.

En segundo lugar, este artículo descansa en el análisis de las conexiones entre edad y generación, que son dos conceptos y categorías diferentes. P2 no implica que la degradación medioambiental sea siempre injusta. Por ejemplo, en la medida en que algún grado de sustitución es permitido o que se espere que la siguiente generación esté mejor por alguna razón exógena o si se permanece dentro del ámbito de lo que permite el suficientarismo intergeneracional, cabe un margen de degradación ambiental que sea considerado como correcto. Está fuera del objetivo de este trabajo determinar con precisión cuándo la degradación ambiental resulta injusta desde un punto de vista intergeneracional (GOSSEY, 2008a). Lo que nos importa analizar aquí es el hecho de que si una generación hereda un medio ambiente peor que la generación precedente, eso pueda ser considerado injusto desde la perspectiva intergeneracional. En ese caso la degradación ambiental sería un asunto de justicia entre generaciones más que de justicia entre grupos de edad.

A este respecto, la legislación anti-discriminación se enfrenta a dos problemas. El primero, que mientras que «la edad» constituye una *categoría sospechosa* en la legislación contra la discriminación, la etiqueta «discriminación por razón de la edad» invita a establecer una conexión con temas de justicia entre «grupos de edad» más que entre generaciones. El argumento principal de este trabajo (P1) es que acudir a la legislación contra la discriminación por razón de la edad nos puede ayudar a enfocar la cuestión de la justicia entre generaciones. Como mostraremos, hay incluso un caso del TJE que apoya este argumento, lo que le da una relevancia de cosa juzgada a lo que tratamos de razonar.

El segundo es que las listas de grupos sospechosos de la legislación contra la discriminación no suelen incluir «la fecha de nacimiento». Ciertamente que «el nacimiento» está dentro de los grupos sospechosos en varias normas, como en la sección 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 o en la sección 4-4º de la Ley belga contra la discriminación de 2007. Sin embargo, no se ha usado el criterio del «nacimiento» interpretado como «fecha de nacimiento» en los casos de discriminación. Si bien la interpretación de «nacimiento» como «fecha de nacimiento» podría proporcionarnos una ruta más directa, que converge con la basada en la edad que estoy proponiendo, este no es el argumento que voy a explorar aquí. Mi preocupación se centra en examinar una estrategia procesal que pueda ser utilizada en casos concretos. Contamos con un cuerpo extenso de asuntos que abordan la discriminación pero, a pesar de las vías que han explorado jueces y abogados sumamente creativos, no lo tenemos para la discriminación por razón de la «fecha de nacimiento». La legislación contra la discriminación por razón de la edad parece más prometedora –al menos en el punto en que nos encontramos ahora– que una estrategia más directa centrada en la fecha de nacimiento como motivo de discriminación.

III. UNA LECTURA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD

Comencemos por comprender lo que figura en P1:

P1: La legislación contra la discriminación por razón de la edad puede ser utilizada para luchar contra la discriminación entre generaciones.

Los demógrafos que trabajan con generaciones a partir de los períodos de edad suelen intentar desentrañar tres tipos de efectos que se producen entre ellas (VANDESCHRIK, 2004). Esto es así, por ejemplo, cuando estudian la evolución de los valores de la población o la incidencia de una determinada enfermedad. ¿Cuál es el peso respectivo del período, la edad o la generación, en los valores o la salud de las personas? Dejando a un lado los efectos del período en el que se viva, vamos a centrarnos en los dos últimos. Un *grupo de edad* es un grupo de personas que comparten la misma edad, como los que tienen 40 años, independientemente de si tienen esa edad en 1655, 1965 o 2015. Una *generación* es un grupo de personas definidas por su fecha de nacimiento. Por ejemplo, se puede considerar que todos aquellos que nacieron entre 1970 y 1980 pertenecen a la misma generación. Los demógrafos, epidemiólogos y sociólogos deben intentar comprender si la edad –esto es, el hecho de tener una edad concreta– determina la probabilidad de sufrir una enfermedad (efecto de la edad) o si más bien lo hace el hecho de pertenecer a una generación determinada (efecto generacional). Por ejemplo, si se produce un incremento de la diabetes o del cáncer de piel, ¿se debe a que las generaciones más recientes están más expuestas al azúcar o al sol que cuando eran jóvenes o se debe más bien a un cambio de hábitos? ¿O se debe a que el aumento en la esperanza de vida incrementa la incidencia de determinadas patologías que están relacionadas con la edad?

Dado que el concepto de «discriminación por razón de la edad» incluye la palabra «edad», uno puede verse tentado a asociar la legislación contra la discriminación por edad con una preocupación exclusiva por que no se produzcan discriminaciones entre los distintos grupos de edad. Sin embargo, esto no tiene porqué ser así y la principal razón es que en un determinado punto del tiempo, la edad de una persona y su fecha de nacimiento están perfectamente correlacionadas. Dos personas con la misma edad en el momento X comparten también la fecha de nacimiento. En ese punto del tiempo, si pertenecen al mismo grupo de edad, automáticamente también pertenecen a la misma generación. Considérese entonces la siguiente asimetría que tiene que ver con esta relación entre fecha de nacimiento/edad.

La asimetría:

P4. Un trato diferente basado en la edad (sea éste explícito o no) necesariamente conduce a un trato diferente entre los grupos de edad pero *no necesariamente entre las generaciones*.

P5. Un trato diferente basado en la fecha de nacimiento (sea éste explícito o no) necesariamente conduce a un trato diferente entre las generaciones y puede *siempre* ser considerado como un trato diferente (temporal) basado en la edad.

No me voy a detener en las implicaciones de P4 y remitiré a los lectores a otros trabajos en los que las he abordado (GOSSERIES, 2014, pp. 66 y ss.). La idea principal en P4 es la de «neutralidad de la vida completa» de los criterios de la edad. Si se cumplen determinadas condiciones, los límites de edad no pueden llevar a ningún trato diferente entre distintos individuos a lo largo de toda su vida. La prohibición de trabajar antes de los 16 o de

votar antes de los 18 nos afecta a todos de la misma forma, a pesar del hecho de que en un momento dado unos disfruten de un derecho y otros no. Esto es lo que convierte a la edad en una categoría sospechosa cuando hablamos de discriminación. Otra idea distinta es que a veces los límites de edad pueden servir para incrementar la igualdad entre generaciones (GOSSERIES, 2014, pp. 72 y ss.).

Sin embargo, lo que más nos importa a nosotros aquí es que a veces uno puede verse tentado de enumerar la «edad» y la «fecha de nacimiento» de forma diferenciada entre los motivos sospechosos de trato discriminatorio. El argumento P5 sugiere que esto no resulta necesario porque no siempre puede volver a caracterizarse un límite en la fecha de nacimiento como un límite de edad. Así, cualquier tratamiento diferente entre generaciones puede ser caracterizado no solo necesariamente como un trato distinto entre *grupos de edad*, sino también como un trato diferente *basado en la edad*. Sostener que *una persona nacida después de la fecha X no tiene derecho a Z* es lo mismo que decir que *cualquier persona que no haya alcanzado la edad de Y en la fecha X+Y no tiene derecho a Z* ⁴⁾. El trato diferente basado en la fecha de nacimiento por esta razón cae potencialmente dentro del ámbito de la legislación contra la discriminación por razón de la edad. Aunque no todo tratamiento diferente por razón de la edad equivale a un trato diferente basado en la fecha de nacimiento (P4), cada trato diferente basado en la fecha de nacimiento conlleva un trato diferente basado en la edad, al menos durante un período transitorio (P5).

Para ilustrar mejor lo que se está sosteniendo, imaginemos que estamos en 2018 y el sistema electoral no permite votar a los menores de 18 años. De acuerdo con P4, esto no significa que exista un trato diferenciado entre generaciones, ya que todas las generaciones se verán imposibilitadas de ejercer el derecho de voto hasta alcanzar la edad estipulada. Imaginemos ahora que seguimos en 2018 y que en vez de la prohibición de ejercer el derecho de voto antes de los 18, el sistema electoral lo que establece es que no pueden votar aquellos nacidos después del año 2000. Esto significa que las generaciones nacidas después del 2000 no pueden ejercer su derecho (salvo que la legislación cambie) durante toda su vida. Y también supone, de acuerdo con lo sostenido en P5, que aquellos que tengan menos de 18 años en 2018 serán tratados de manera distinta a aquellos que tienen más de 18 años en 2018.

Por lo tanto, la legislación contra la discriminación por razón de la edad abre la puerta a ser analizada no solo como imparcialidad entre grupos de edad, sino también como neutralidad entre generaciones. Es decir, P5 permite una doble lectura de la legislación contra la discriminación por razón de la edad, esto es, permite una lectura que vincula tanto la justicia en el tratamiento entre distintos grupos de edad como la justicia entre diversas generaciones. Ambas lecturas pueden estar presentes con diversa intensidad en función del caso o de la práctica que sea objeto de análisis.

¿Existe esta doble forma de entender la legislación contra la discriminación por razón de la edad en la práctica judicial y, en concreto, en la jurisprudencia del TJE? La respuesta es afirmativa. Consideremos, en primer lugar, la justificación de la legislación existente que se basa en los límites de edad. Por las razones que se han venido exponiendo, tiene sentido interpretarla con la distinción entre grupos de edad y generaciones. Es cierto que un buen número de medidas claramente atienden a los grupos de edad. La prohibición del trabajo infantil tiene como finalidad asegurar que los niños no serán explotados en el mercado de trabajo, evitar que tengan razones para no escolarizarse o ir al colegio, etc. De igual forma, todas las normas en relación a la responsabilidad criminal o la madurez sexual asumen una determinada competencia que va unida a tener una determinada edad. La edad a la que esta competencia se alcanza es algo que puede evolucionar con el tiempo, lo que sugiere que también la

pertenencia a una generación puede jugar un papel. Sin embargo, estos ejemplos solo incluyen la cuestión de la edad. En cambio, otras prácticas basadas en la edad no están solo centradas en grupos de edad y resulta plausible leerlas, al menos en un nivel significativo, en clave de justicia entre generaciones.

En este sentido, echemos un vistazo a la terminología que el TJE utiliza en los casos de discriminación por razón de la edad para caracterizar la posible justificación de tratos diferentes por este motivo en la legislación nacional. Estas expresiones incluyen «distribuir las oportunidades de empleo entre generaciones» (*Petersen* , C-341/08, §65), «compartir el empleo entre generaciones» (*Rosenbladt* , C-45/09, §43), «balance entre generaciones» (*Georgiev* , C-250/09, §42; *Fuchs & Köhler*, C-159/10, §47), «liberar puestos para los trabajadores más jóvenes en el mercado de trabajo» como un objetivo legítimo (*Hörnfeldt*, C-141/11, §25). Si aceptamos entender que la palabra generación comprende a aquellos que comparten una fecha de nacimiento más que considerarlo como un grupo de edad, las expresiones citadas nos permiten interpretar los grupos de edad desde una perspectiva generacional. Por ejemplo, la preocupación por *mezclar académicos de distintas edades* (como se señala en el caso *Georgiev*) se puede entender como la preocupación por mezclar los distintos enfoques que resultan tanto de la visión centrada en las generaciones como aquella centrada en las diferencias de edad. De igual forma, *la edad obligatoria de jubilación* se puede manejar tanto desde el enfoque de los grupos de edad como desde el enfoque de las generaciones. Lo importante es que las expresiones utilizadas por la jurisprudencia del TJE permiten y, a veces, privilegian una lectura de estas cuestiones en clave generacional. El argumento del reparto del empleo resulta más justificado filosóficamente si se explica en términos de generaciones que de grupos de edad.

Sin embargo, aunque resulta interesante que las cuestiones generacionales nos pueden llevar a usar criterios de edad, algo que el TJE ha hecho, de ello no se sigue necesariamente que las cuestiones generacionales nos lleven a la legislación contra la discriminación por razón de la edad. Para ello es necesario dar un paso más. Y parece que tenemos buenas razones para hacerlo. En el caso *Comisión vs. Hungría* (C-286/12) el TJE ha argumentado poniendo de manifiesto claramente que el rechazo a una medida por ser discriminatoria por razón de la edad lo era por el trato distinto (y discriminatorio) que se daba entre generaciones y no entre grupos de edad. No hay tiempo para realizar un análisis detallado de este caso aquí, pero la lectura en clave generacional de esta decisión del Tribunal ha sido analizada desde dos perspectivas con detalle en otro lugar (GOSERIES, 2014, pp. 76-77).

En resumen, en lo que aquí nos interesa, la jurisprudencia del TJE nos permite dos lecturas. Es posible una interpretación doble de la racionalidad que subyace a las diversas medidas basadas en la edad, esto es, medidas que se centran en los grupos de edad y medidas que se centran en las generaciones. No obstante, y más importante, en un caso (*Comisión vs. Hungría*) puede incluso interpretarse la prohibición de discriminar por razón de la edad como la prohibición de discriminar entre generaciones.

Esto hace posible legalmente también una doble lectura de la racionalidad tanto de las medidas basadas en grupos de edad (algunas de las cuales persiguen la justicia entre los diversos grupos de edad, otras aumentar la justicia entre generaciones y algunas de ellas también persiguen los dos objetivos) como de la legislación contra la discriminación por razón de la edad (se puede terminar rechazando medidas basadas en la edad por razón de la justicia entre grupos de edad y/o entre generaciones). En este punto confío en haber justificado que tratar la degradación ambiental como un tema de discriminación por razón de la edad puede tener sentido filosóficamente (sección 2). Y

espero también haber demostrado que hay espacio, en términos legales, para una lectura en términos de generaciones de la legislación contra la discriminación por razón de la edad (sección 3). Ahora necesitamos dar un paso más y ver si tiene sentido jurídico aplicar la legislación antidiscriminatoria por razón de la edad –y su lectura en términos generacionales– a las cuestiones medioambientales.

IV. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD Y EL MEDIO AMBIENTE

¿Cuáles son las implicaciones de esta doble lectura que se ha venido defendiendo? Una forma de responder a esta pregunta consiste en analizar en qué condiciones la legislación antidiscriminatoria puede utilizarse para otros propósitos como, a modo de ejemplo, la política de deuda pública, la reforma de las pensiones o la protección medioambiental. Expondré a continuación aquellos requisitos necesarios para aplicar la legislación anti discriminatoria por razón de la edad a la degradación medioambiental, centrándome en cuestiones personales y materiales. Antes habrá que señalar cómo, en contra de lo que se ha expuesto en relación a los casos de «justicia ambiental» estadounidenses, la discriminación por razón de la edad no requiere la demostración de una *voluntad* discriminatoria. Es más, como los casos que vamos a examinar son más bien de discriminación indirecta, no parece que haya mucha diferencia ya que las justificaciones admisibles se suelen dar más en casos de discriminación indirecta por razón de la edad que en otras categorías sospechosas.

1. ALCANCE PERSONAL

La primera distinción que es preciso realizar diferencia entre persona *natural* y persona *jurídica*. Una forma de plantear los litigios consiste en argumentar sobre la esperanza de vida adicional del demandante. Esto implica que apoyarse en jóvenes demandantes puede ser una buena estrategia, como ponen de manifiesto los casos antes mencionados *Minors Oposa*, *Atmospheric Trust* y *Urgenda*. Alternativamente, la litigación medioambiental puede invocar también daños, discriminación y violación de los derechos en perjuicio de las personas jurídicas en comparación con las personas físicas. Dada la esperanza indefinida de vida de una persona jurídica, esto puede resultar una estrategia ciertamente interesante⁵⁾. No obstante, en lo que aquí interesa, las demandas por discriminación por razón de la edad pueden aplicarse en casos de discriminación a personas físicas a diferencia de casos de discriminación basados en la nacionalidad, que también se pueden aplicar a personas jurídicas.

Otro aspecto del alcance personal de la estrategia de discriminación por razón de la edad aplicada a cuestiones medioambientales es que, mientras que algunos sistemas jurídicos permiten alegar discriminación a lo largo de toda la vida, otros solo lo permiten por encima o debajo de una determinada edad. Por ejemplo, la legislación de Estados Unidos solo se ocupa de la discriminación entre individuos que estén por encima de los 40 años. A primera vista, se puede insistir en el hecho de que esto todavía deja abiertos los desafíos que tendrían que ver con la degradación ambiental entre ahora y el número de años correspondiente a la esperanza de vida adicional de los demandantes que están en sus 40 años.

Sin embargo, la dificultad puede ser todavía más relevante que en el caso americano. Es plausible que la legislación con una restricción de edad como la de Estados Unidos pueda ser leída como centrada en los intereses de los grupos de edad frente a los intereses de las generaciones. Si la preocupación son las generaciones, ¿por qué

restringir la discriminación a determinadas generaciones en vez de a todas las existentes? Esta importante diferencia entre los sistemas legales de Estados Unidos y de la UE puede haber pasado desapercibida hasta ahora. Si esto fuera así, significaría que una legislación antidiscriminatoria con un límite de edad no resultaría aplicable a los casos de degradación ambiental, ya que la estrategia que analizamos presupone una lectura generacional de la legislación contra la discriminación por razón de la edad. Esta misma consideración puede hacerse respecto de aquellos sistemas legales que, aun cubriendo todos los rangos de edad, muestran sistemáticamente una preocupación mayor por el trato distinto contra los mayores que contra los más jóvenes. En estos casos tampoco cabe una lectura generacional de la legislación contra la discriminación por razón de la edad. En Canadá, la sentencia del Tribunal Supremo de 1999 *Law vs. Canadá* (1 SCR 497) sugiere una mayor preocupación por los mayores que por los jóvenes, aunque está relacionada con el asunto específico del tipo de régimen de pensiones en juego y no necesariamente implica una asimetría general en el rango de edad. En cualquier caso, en la Unión Europea tenemos una legislación contra la discriminación por razón de la edad que abarca todo el espectro de edades por lo que en este contexto la lectura en clave generacional es posible.

2. ALCANCE MATERIAL

En lo que afecta al alcance material de la legislación anti-discriminación surgen también preguntas interesantes. Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#), tal como se establece en su art. 3, aunque es aplicable en materia de empleo, formación profesional y pensiones de jubilación, no resultaría en absoluto aplicable a cuestiones medioambientales. Existen básicamente dos estrategias compatibles para superar esta limitación de alcance material. La primera consiste en buscar otros fundamentos distintos de la Directiva 2000/78/CE dentro del sistema europeo para condenar la discriminación por razón de la edad («Estrategia del Derecho de la UE»). La otra consiste en tomar la vía del Derecho nacional, valiéndose del hecho de que en muchos sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE, el ámbito material de la legislación antidiscriminatoria es más amplio que el de la Directiva 2000/78/CE («Estrategia de Derecho interno»).

Exploremos, en primer lugar, la Estrategia del Derecho de la UE. Un caso típico necesitaría articular tres elementos. Primero, se identifica una directiva europea que permita interpretar la degradación medioambiental como discriminación entre generaciones. En segundo lugar, tendríamos que basarnos en una prohibición de la discriminación por motivos de edad, al margen de la Directiva 2000/78 / CE, dado su alcance limitado. En este sentido resulta interesante la afirmación, establecida por el TJE en el caso *Mangold* (C-144/04) de 2005, de que «el principio de no discriminación por razón de edad debe (...) ser considerado como un principio general de Derecho comunitario» (§75)⁶. Esta postura fue confirmada en el caso *Kücükdeveci* (C-555/07) en 2010. En esta ocasión el Tribunal señaló que «es un principio general del Derecho de la Unión la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal y como se recoge en la Directiva 2000/78/CE, que debe servir de base para examinar si el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional como en el caso objeto de análisis» (§27) (Tobler, 2013, pp. 457-458 y 466). Como tal principio general, su ámbito material es mucho más amplio que el establecido en la citada Directiva 2000/78/CE.

En tercer lugar, tendríamos que ser capaces de sostener que existe un derecho a un medio ambiente sano en la Unión Europea. Sin embargo, no parece que tal derecho exista en la Unión. La posibilidad de invocar directamente derechos medioambientales ha sido admitida tanto por el TJE como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(TEDH). El TJE en 2008, en el caso *Janacek* (C-237/07, § 37-38) confirmó que un ciudadano afectado podía invocar el estándar de calidad del aire o del agua establecido en una directiva, especialmente cuando esto estaba en relación con perjuicios para la salud, aunque tal directiva no hubiera sido traspuesta por la legislación nacional. Este enfoque presente en el caso *Janacek*, unido a la discriminación por razón de la edad, podría ser una opción. Por su parte, en lo que se refiere al TEDH, se han abordado los problemas de salud relacionados con el medio ambiente a través del derecho a la vida privada y a la intimidad (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH](#)) más que a través del derecho a la vida ([artículo 2](#) del CEDH) (SADELEER, 2012, pp. 54-55 y 64-70).

La Estrategia del Derecho interno parece más prometedora. Primero, un potencial demandante necesitaría identificar un decreto o una ley que permitiera la degradación ambiental de tal manera que pudiera considerarse que establece una discriminación entre generaciones. Segundo, sería necesario invocar la legislación nacional contra la discriminación por razón de edad. Siempre que el alcance de esto último fuera lo suficientemente amplio, podría aplicarse a la norma en cuestión supuestamente discriminatoria. La mejor estrategia probablemente consistiría en identificar un país en el que el ámbito material de la legislación contra la discriminación fuera especialmente amplio para así poder explorar las conexiones con las materias medioambientales. Aquellos países en los que se aplica un principio general de no discriminación, además de una legislación específica contra la discriminación, pueden ser un buen punto de partida. Esto no tiene porqué ser sencillo, por supuesto. En Bélgica, por ejemplo, la Ley contra la discriminación de 10 de mayo de 2007, tal y como está tras la última reforma producida en 2013, se puede aplicar a la edad y su ámbito es mucho más amplio que la Directiva 2000/78/CE ya que, por ejemplo, se puede aplicar, también a bienes y servicios (artículo 5). No obstante, explícitamente excluye de su ámbito de aplicación aquellos asuntos que entran dentro de la jurisdicción y competencia de las entidades federales belgas, como es el caso de muchas cuestiones medioambientales.

Tercero, el demandante puede invocar la violación de su derecho fundamental a un medio ambiente sano. Este derecho ha sido reconocido por varias constituciones dentro de la Unión Europea⁷⁾ así como por numerosos países fuera de la Unión. Téngase en cuenta que no es necesario aquí que haya derechos específicamente reconocidos a las generaciones futuras. El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano a las personas ya existentes serviría para nuestros propósitos⁸⁾. Es más, incluso se podría invocar directamente el hecho de que una legislación medioambiental concreta es discriminatoria sin necesidad de referirse a un derecho constitucional a un medio ambiente sano y limpio. Se podría señalar que, por ejemplo, un determinado proyecto industrial resulta incompatible con la aplicación no discriminatoria a lo largo del tiempo de un estándar específico de calidad de agua o del aire.

Teniendo en cuenta que la ausencia de un derecho a un medio ambiente sano parece que es el principal obstáculo para la Estrategia del Derecho de la UE, el elemento clave de la Estrategia basada en el Derecho interno descansa en las normas nacionales que prohíben la discriminación por razón de la edad. Téngase también en cuenta que una posible estrategia nacional de alcance limitado consistiría en basarse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁹⁾. El ámbito material del principio de no discriminación, que incluye la edad entre los grupos sospechosos, es extremadamente amplio, lo que es relevante para extenderlo a temas medioambientales. Sin embargo, sólo resultaría aplicable en aquellos Estados miembros que ya hubieran implementado el Derecho de la Unión (art. 51). Podríamos así imaginar a un demandante que se oponga a una ley o regulación ambiental que trasponga una directiva ambiental de la UE debido a su incompatibilidad con el art. 21 de la Carta por considerar que resulta discriminatoria por motivos de edad¹⁰⁾.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha estudiado una posible estrategia para luchar contra decisiones que resultan injustas para las generaciones futuras, en particular en el campo medioambiental. Se defiende una lectura de la legislación contra la discriminación por razón de la edad que es extensiva en dos formas. Primero, porque nos invita a hacer una lectura de la legislación antidiscriminatoria por razón de la edad en términos generacionales más que en términos de grupos de edad. Se ha comprobado que este tipo de lectura solo tiene sentido si la legislación o principio antidiscriminatorio por razón de la edad abarca el espectro de todas las edades, lo que ocurre en los sistemas europeos pero no en los Estados Unidos. Se ha mostrado también como este tipo de interpretación generacional en realidad ya ha sido utilizado en el asunto *Comisión vs. Hungría* del TJE, y se puede decir que tiene sentido en términos generales más allá de este caso concreto.

Nuestra interpretación es extensiva en un segundo sentido porque nos invita a explorar implicaciones de la legislación antidiscriminatoria en áreas donde se utiliza menos, como sucede en el ámbito medioambiental. Es aquí donde seguramente se requiere más creatividad, basándose en los principios generales de no discriminación y elaborando analogías con otros problemas no ambientales como la falta de sostenibilidad de los regímenes de pensiones o de los sistemas sanitarios.

Asimismo, se ha explorado una posible vía de litigación que podría ser experimentada como parte de un paquete destinado a desafiar las deficiencias de nuestras regulaciones ambientales. En mi opinión es una vía prometedora por tres motivos. Primero, porque nuestros sistemas jurídicos ya contienen normas y principios antidiscriminatorios, y contamos también con extensa jurisprudencia sobre esta materia. Segundo, porque hay una conexión directa y estrecha entre la preocupación por la discriminación por edad y las cuestiones de equidad entre generaciones, de modo que permite una lectura generacional de la legislación contra la discriminación por razón de la edad. Tercero, porque la cuestión de la justicia entre generaciones es nuclear en la reivindicación de la sostenibilidad ambiental.

Si esta posibilidad puede ser una realidad estará en función de los recursos de los sistemas legales en juego. También dependerá de la capacidad de los demandantes para transformar esta visión en un argumento jurídico concluyente, aprovechando al máximo el potencial de la legislación antidiscriminatoria vigente sin forzar a los jueces a ir más allá de lo que permite la separación de poderes o, en el caso del TJE, dejando suficiente margen de apreciación a los Estados miembros.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CHAUVEL, L. y SCHRÖDER, M. (2014a). Une France qui sacrifie sa jeunesse. *Le Monde*, 10 de junio.

– (2014b). Generational Inequalities and Welfare Regimes. *Social Forces*, 92 (4), 1259-1283.

COLLA, A.-F. y GOSSERIES, A. (2013). Discrimination par l'âge et droit transitoire. Réflexion à partir de *Commission c. Hongrie* (C-286/12). *Journal des tribunaux du travail*, 43, 69-81.

DE SADELEER, N. (2012). Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases. *Nordic Journal of International Law*, 81, 39-74.

GOSSERIES, A. (2008a). Theories of Intergenerational Justice. A synopsis. *Sapiens*, 1 (1), 61-71.

– (2008b). On Future Generations' Future Rights. *Journal of Political Philosophy*, 16 (4) 446-474.

– (2014). What Makes Age Discrimination Special? A Philosophical Look at the ECJ Case Law. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 43 (1), 59-80.

GOSSERIES, A. y MEYER, L. (eds.) (2009), *Intergenerational Justice* . Oxford: Oxford University Press.

NUMHAUSER-HENNING, A. y RÖNMAR, M. (eds.) (2015). Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond. Alphen aan den Rijn: Kluwer.

TOBLER, C. (2013). The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach. En Rosas, A., Levits, E. y Bot, Y. (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe. Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law/La Cour de Justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence* (pp. 443-467). La Haya: Asser Press/Springer.

ULEZALKA, T. (2007). Race and Waste: The Quest for Environmental Justice. *Temple Journal of Science Technology & Environmental Law*, 26 (1), 51-73.

VANDESCHRICK, C. (2004). Analyse démographique. Population et développement. París: L'Harmattan.

VANHUYSE, P. (2013). Measuring Intergenerational Justice. Toward a Synthetic Index for OECD Countries. En *Intergenerational Justice in Aging Societies. A Cross-national Comparison of 29 OECD Countries* (pp. 10-61). Gütersloh: Bertelsmann Stiftung.

WOOD, M. C. (2012). Atmospheric Trust Litigation across the World. En Coghill, K. Sampford, Ch. and Smith, T. (eds.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (pp. 99-164). Farnham: Ashgate.

FOOTNOTES

1

Vid. una propuesta reciente en este sentido en VANHUYSE (2013).

2

Resulta de particular interés la resolución del caso *Alec L. et al. v. Lisa Jackson et al.* (C11-02203 EMC) US District Court-District of Columbia (31 de mayo de 2012), así como la resolución de la Corte de Apelación de 5 de junio de 2014. Vid. <http://ourchildrenstrust.org/US/Federal-Lawsuit>. Sobre litigación contra el cambio climático puede consultarse en

<http://web.law.columbia.edu/climate-change/resources/litigation-charts>. Una traducción del caso *Urgenda Foundation vs. Kingdom of the Netherlands* se encuentra disponible aquí: <http://www.urgenda.nl/documents/FINAL-DRAFT-Translation-Summons-in-case-Urgenda-v-Dutch-State-v.25.06.10.pdf> (última consulta 7 de Julio de 2015).

3

Una lista de los primeros casos puede consultarse en COLLA y GOSSERIES (2013). El asunto «Comisión vs. Hungría» se refiere a una serie de casos que incluyen: *Odar*, C-152/11, 6 de diciembre de 2012; *Caves Krier Freres*, C-379/11, 13 de diciembre de 2012; *Soukupova*, C-401/11, 11 de abril de 2013; *HK Danmark*, C-476/11, 26 de septiembre de 2013; *Dansk Jurist*, C-546/11, 26 de septiembre de 2013; *Pohl*, C-429/12, 16 de enero de 2014; *Specht and others*, C-501/12 to C-506/12, 19 de junio de 2014; *Schmitzer*, C-530/13, 11 de noviembre de 2014; *Vital Pérez*, C-416-13, 13 de noviembre de 2014; *Larcher*, C-523/13, 18 de diciembre de 2014; *Felber*, C-529/13, 21 de enero de 2015; *Starjakob*, C-417/13, 28 de enero de 2015; *Ingeniorforeningen i Danmark*, C-515/13, 26 de febrero de 2015; *SCMD*, C-262/14, 21 de mayo de 2015. Vid. también NUMHAUSER-HENNING y RÖNMAR (2015) especialmente el capítulo 5 escrito por C. Tobler.

4

A este tipo de tratamiento diferenciado por edad se le llama tratamiento diferencial (tipo 2) transitorio basado en la edad. Sobre los tres tipos de tratamiento diferenciado por edad en la jurisprudencia del TJE, vid. COLLA y GOSSERIES (2014).

5

Agradezco a Th. Amparo que me haya recalcado este aspecto.

6

Agradezco a C. Tobler haberme insistido en este punto.

7

Por ejemplo, este derecho es reconocido desde 1976 en la Constitución portuguesa que establece en el artículo 66.1 «todas las personas tienen el derecho a un medio de vida humano sano y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo».

8

Sobre los desafíos que plantea la idea de los derechos de las generaciones futuras, vid. GOSSERIES

(2008b).

9

Gracias a D. Martin por una discusión sobre este punto.

10

Vid. los siguientes casos del TJE: *Fransson* , C-617/10, 26 de febrero de 2013; *Glatzel* , C-356-12, 22 de mayo de 2014.

*

Agradezco a Th. Amparo, T. Atabongawung, G. Calvès, A.-F. Colla, N. de Sadeleer, Z. Lejeune, D. Martin, Chr. Tobler, N. Vrousalis, I. Wallimann-Helmer y H. Ward las informaciones, comentarios y útiles sugerencias que hicieron a versiones previas de este trabajo. También agradezco las audiencias de los foros donde ha sido presentado: Madrid (Universidad Autónoma de Madrid, en abril de 2014), Budapest (Parlamento y Central European University en mayo de 2014) y Lisboa (Universidad de Lisboa, en junio de 2014). Obviamente, cualquier error que pudiera contener es de mi absoluta y exclusiva responsabilidad. Este artículo es una versión corregida y revisada, traducida al castellano, de esos trabajos.