

UN *LANDMARK CASE* EN EL LITIGIO CLIMÁTICO TRANSNACIONAL: DERECHOS, INTERTEMPORALIDAD Y DEMOCRACIA A PARTIR DEL *KLIMA-BESCHLUSS* DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN*

ALESSANDRA DI MARTINO

SINTESI: Il contributo esamina gli aspetti più significativi, dal punto di vista teorico, della decisione sul clima del Tribunale costituzionale tedesco, un *landmark case* nella *litigation* transnazionale in materia. Nella prima parte, il lavoro inquadra la pronuncia in una prospettiva comparativa, con riguardo agli sviluppi più significativi degli ultimi anni. Nella seconda parte, analizza l'argomentazione del Tribunale, con particolare riferimento alla dogmatica e all'introduzione della categoria della 'intertemporalità' dei diritti fondamentali, che si presenta come alternativa rispetto a quella delle generazioni future. Nella terza parte, l'articolo affronta questioni relative alla legittimazione democratica del giudice costituzionale e al rapporto di questi con il legislatore, soffermandosi infine sul significato di alcune manifestazioni di disobbedienza civile.

RESUMEN: La contribución examina los aspectos más significativos, desde un punto de vista teórico, de la sentencia sobre el clima del Tribunal Constitucional alemán, un *landmark case* en la *litigation* transnacional sobre la materia. En la primera parte, el artículo enmarca la sentencia en una perspectiva comparada, con respecto a los avances más significativos de los últimos años. En la segunda parte, analiza la argumentación del Tribunal, con especial referencia a la dogmática y a la introducción de la categoría de la 'intertemporalidad' de los derechos fundamentales, que se presenta como alternativa a la de las generaciones futuras. En la tercera parte, el artículo aborda cuestiones relacionadas con la legitimidad democrática del juez constitucional y la relación de éste con el poder legislativo, deteniéndose finalmente en la importancia de ciertas manifestaciones de desobediencia civil.

PAROLE CHIAVE: Contenzioso climatico; intertemporalità; Tribunale costituzionale tedesco; dimensioni dei diritti fondamentali; processo democratico

PALABRAS CLAVE: Litigios climáticos; intertemporalidad; Tribunal Constitucional alemán; dimensiones de los derechos fundamentales; proceso democrático.

SUMARIO: 1. El *Klima-Beschluss* del Tribunal constitucional alemán en el contexto del litigio climático transnacional. – 2. La protección del clima entre obligaciones de protección y derechos intertemporales. Las coordenadas de la dogmática. – 3. A continuación. El argumento del *Bundesverfassungsgericht* y las reacciones de la doctrina. – 4. *Klima-Beschluss* y formas democráticas. – 5. Una pequeña conclusión.

1. *El Klima-Beschluss del Tribunal constitucional alemán en el contexto del litigio climático transnacional*

Con la toma de conciencia de la emergencia climática¹, en los últimos años ha crecido de manera significativa la controversia climática, también gracias a una red de activistas particularmente organizada². Además, es necesario tener en cuenta las distinciones semánticas que acompañan a conceptos como justicia ambiental, justicia ecológica, justicia climática y litigio climático, donde se superponen y entrelazan aspectos éticos, políticos y jurídicos. El concepto de justicia está vinculado a consideraciones de equidad, que van acompañadas de demandas de redistribución y reparación, no solo dentro de un estado sino entre diferentes estados, especialmente entre el norte y el sur del mundo, a la luz de las consecuencias a largo plazo del colonialismo, así como de formas más recientes de neocolonialismo.

Mientras que la justicia ambiental implica fenómenos localizables territorialmente, la justicia ecológica y la justicia climática conciernen de manera más general a las relaciones entre las actividades humanas y las dinámicas naturales, y tienen un horizonte potencialmente global, aunque los efectos de estas relaciones sean en ciertos momentos más perceptibles en algunos lugares que en otros. Además, si la justicia ecológica plantea cuestiones relacionadas con los procesos de producción, la forma de asignar valor a ciertos bienes y recursos, considerando los costos de su explotación, la justicia climática cuestiona la forma de atribuir la responsabilidad de las emisiones antropogénicas contaminantes y el calentamien-

* Una versión de este trabajo en lengua italiana está publicada en la *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2023; el primer párrafo del texto en español fue parcialmente modificado. Durante el trabajo, utilizaré los términos ‘intertemporal’ e ‘intertemporalidad’, que corresponden a los términos alemanes ‘intertemporal’ e ‘Intertemporalität’, para referirme al período de tiempo intermedio que transcurre entre dos términos, aunque no estén específicamente identificados, y que es más cercano en comparación con la distancia que normalmente separa a las generaciones (por lo tanto, la intertemporalidad se refiere a un período de tiempo más corto que la intergeneracionalidad).

¹ M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, en *Dig. disc. pubbl.*, agg. VIII, Milano, 2021, 51 ss.

² En una bibliografía ya muy extensa, ver al menos J. PEEL – H.M. OSOWSKY, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Clean Energy*, Cambridge, 2015; W. KAHL – M.P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München, 2021; F. SINDICO – M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021; I. ALOGNA – C. BAKKER – J.P. GAUCI (eds.), *Climate Change Litigation*, Boston, 2021; S. BAGNI, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in S. BAGNI – D. AMIRANTE, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon, 2022, 409 ss.; F. LANGE – M. LIPPOLD, *Höchststrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip – eine rechtsvergleichende Betrachtung*, en *JuristenZeitung (JZ)*, 2022, 685 ss.; F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull’invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, en *BioL. J.*, 2, 2022, 157 ss.; S. VINCRE – A. HENKE, *Il contenzioso ‘climatico’: problemi e prospettive*, en *BioL. J.*, 3, 2023, 137 ss.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022.

to del planeta, teniendo en cuenta también el lugar final de exportación y consumo de bienes (no solo el lugar de producción).

De manera diferente, el litigio climático se centra en la dimensión judicial y, en sentido amplio, puede abarcar una serie de reclamos que muestran vínculos incluso solo indirectos con la cuestión climática, que entra en el proceso instrumentalmente para lograr esos reclamos. En un sentido más estrecho, la controversia climática tiene como objeto la obligación climática, es decir, la obligación de los estados (y en algunos casos de las empresas) de estabilizar los gases de efecto invernadero y evitar más interferencias negativas del ser humano en la naturaleza, reduciendo las emisiones y adoptando medidas de mitigación para cumplir con los objetivos compartidos a nivel internacional, siguiendo una lógica de responsabilidad diferenciada hacia el planeta y sus habitantes.

La *climate litigation* también abarca el tema del *carbon-budget*, que es la cantidad de dióxido de carbono que aún se puede emitir a la atmósfera sin perjudicar el objetivo de mantener la temperatura terrestre dentro de 1,5-2C° durante el transcurso del siglo. En la medida en que las acciones judiciales tienen como objetivo último preservar las condiciones para nuestra supervivencia, presentan vínculos más estrechos con la justicia climática³.

Como se ha ilustrado claramente⁴, los casos de litigio climático pueden variar considerablemente entre sí, en términos de recurrentes (individuos, asociaciones, entidades territoriales sub-estatales, accionistas de empresas), demandados o destinatarios de la reclamación (estados, reguladores, organizaciones supranacionales, empresas), y el objeto del juicio (anulación de normas o disposiciones administrativas, responsabilidad extra-contractual, incumplimiento de un deber público, etc.). A nivel europeo, el caso pionero para la circulación de argumentos relacionados con el derecho climático⁵ fue el caso *Urgenda*⁶ en los Países Bajos: originado por una acción de responsabilidad presentada por una asociación ecologista contra el estado neerlandés, el juicio concluyó con la condena del estado a elevar del 20% al 25% el umbral de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030. Se sabe que los argumentos adoptados por los tribunales

³ El tema es analizado en profundidad por M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della 'giustizia climatica'*, in *DPCE online*, 2020, 2, 1345 ss., a lo cual remito para más referencias bibliográficas. Ver también a S. BALDIN – P. VIOLA, *L'obbligazione climatica* cit., 599 ss., 626 ss., para quienes la *litigation* climática es un subconjunto de la justicia climática.

⁴ V. *supra*, n. 2.

⁵ En cuanto a la cuestión específica mencionada, y haciendo referencia también al *formante* forsenese, puede v. los siguientes recursos: S. BAGNI, *La costruzione* cit., *passim*; M. CARDUCCI, *Stato di diritto*, art. 28 *Cost. e precedenti di contenzioso climatico nello spazio della UE*, <diritticomparati.it> (28.3.2023). En cuanto a los trasplantes en este ámbito, v. B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, en F. SINDICO – M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate* cit., 610 ss.

⁶ Cfr. Hoge Raad (Supreme Court), *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, del 20.12.2019.

neerlandeses en los diferentes grados del juicio fueron diversos: mientras que en primera instancia los jueces se basaron en un *duty of care* (deber de cuidado), vinculándolo al principio constitucional de protección del medio ambiente y habitabilidad del país (art. 21 Const. neerlandesa), y excluyeron la configuración de un perjuicio a los derechos humanos (art. 34 CEDH), los jueces de apelación encontraron una violación de dos derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la vida (art. 2 CEDH) y el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), este último en su amplia interpretación que incluye el ambiente. El segundo enfoque fue confirmado por el Tribunal supremo neerlandés. Se logró una mayor unidad en el frente argumentativo entre los tres grados de juicio en cuanto al papel decisivo atribuido a las fuentes internacionales en materia climática, incluido el *soft law*, y a la legitimidad de una intervención significativa del poder judicial, considerada compatible con el principio de separación de los poderes⁷.

Las sentencias de los tribunales holandeses, así como los actos introductorios de los respectivos juicios, han tenido en cuenta los procedimientos judiciales en otros países, filtrándolos a la luz de las peculiaridades del derecho procesal y sustancial de cada sistema legal. No siempre, sin embargo, los interesados han tenido éxito ante los tribunales. El primer obstáculo a superar ha sido el relacionado con el interés y la legitimidad para actuar: por ejemplo, en Europa, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal constitucional de Austria y el Tribunal federal suizo han emitido fallos negativos⁸. En otros países, donde los casos han tenido un resultado positivo, como en Francia, Bélgica e Irlanda⁹, las normas legislativas han permitido la acción de asociaciones ambientalistas. En algunos de estos juicios, como el irlandés y el francés, se reconoció una responsabilidad omisiva del estado basada principalmente en la legislación y, por lo tanto, en el derecho objetivo interno, interpretado a la luz de las obligaciones internacionales y supranacionales, y no directamente a partir de los derechos fundamentales o los derechos humanos¹⁰. En el juicio belga (que actualmente no ha llegado a una

⁷ Para un comentario con la reconstrucción de los tres niveles de juicio, v., entre otros M.F. CAVALCANTI – M.J. TERSTEGGE, *The Urgenda Case: the Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, en *DPCE online* 2020, 2, 1371 ss.

⁸ Cfr. TribUE, T-330/18, *Carvalho*, del 8.5.2019; CGUE, C-565-19 P, *Carvalho*, del 15.3.2021; VGH Österreich, G 144-145/2020, del 30.9.2020; BG Schweiz, 1 C_37/2019, del 5.5.2020.

⁹ Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, n. 205/19, del 31.7.2020; Tribunal administratif Paris, déc. del 3.2.2021 y del 14.10.2021 (*Affaire du siècle*), v. la admisión de las intervenciones también en Conseil d'État, déc. del 19.11.2020, del 1.7.2021 y del 10.5.2023 (*Grand-Synthe*); Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, del 17.6.2021.

¹⁰ Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, n. 205/19, del 31.7.2020; Tribunal administratif Paris, déc. del 3.2.2021 y del 14.10.2021 (*Affaire du siècle*); Conseil d'État, déc. del 19.11.2020, del 1.7.2021 y del 10.5.2021 (*Grand-Synthe*).

sentencia definitiva), se encontró una violación de los derechos humanos, pero el Tribunal no indicó un umbral específico de reducción de las emisiones antropogénicas, afirmando que no quería sustituir a los órganos políticos¹¹.

Quien ha clasificado la *litigación* climática desde un punto de vista temporal, también ha hablado de diferentes ‘olas’, siendo la última de ellas, que comenzó alrededor de 2015, el año de la aprobación de los Acuerdos de París, caracterizada por un giro hacia los derechos, una transformación que ve los actos introductorios de los juicios cada vez más centrados en argumentos relacionados con los derechos humanos o los derechos fundamentales¹². Este cambio tuvo su origen a nivel internacional, donde el enfoque en los derechos humanos ha demostrado ser legalmente más efectivo que los tratados multilaterales sobre el clima, cuya obligatoriedad sigue siendo relativamente débil. Al mismo tiempo, sin embargo, una estrategia procesal centrada en la incorporación de cuestiones climáticas en el ámbito de los derechos humanos corre el riesgo de fortalecer una perspectiva excesivamente individualista, dejando en segundo plano el valor del clima como un bien a preservar en interés general de las comunidades¹³.

Dentro de este cambio hacia los derechos climáticos, en Europa se incluyen dos decisiones emblemáticas: pronunciamientos considerados puntos de referencia ineludibles debido a su resultado, justificación y potencial para influenciar casos similares. Se trata de la mencionada sentencia *Urgenda* del Tribunal Supremo de los Países Bajos y del *Klima-Beschluss* del Tribunal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), también conocido como el caso *Neubauer*, emitido en marzo de 2021¹⁴. Mientras que *Urgenda* ha sido ampliamente comentada por la doctrina a nivel internacional, el *Klima-Beschluss*, cuya gran importancia se percibió de inmediato, ha sido estudiado en profundidad principalmente por la doctrina alemana. Se caracteriza por algunos aspectos particulares: una amplia legitimación procesal de los individuos, una redefinición del parámetro constitucional a la luz de la naturaleza intertemporal de los derechos, un equilibrio entre fuentes internacionales y fuentes internas (constitucionales y ordinarias), posible también gracias a la compartición de una base de datos científicos no controvertidos,

¹¹ Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, del 17.6.2021.

¹² J. SETZER – H. NARULLA – C. HIGHAM – E. BRADEEN, *Climate Change Litigation in Europe. A Summary Report for the European Union Forum of Judges for the Environment*, London Brussels, 2022, 9. Sobre el ‘rights turn’ en materia climática v. en particular J. PEEL – H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, *Transnational Environmental Law*, 2018, 37 ss.; A. SAVARESI – J. AUZ, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, en *Climate Law*, 2019, 244 ss.

¹³ M. GERVASI, *Equità intergenerazionale, tutela dei diritti umani e protezione dell’ambiente nel contenzioso climatico*, en *L’interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, Napoli, 2023, 309 ss., a este, remito para más referencias bibliográficas.

¹⁴ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021 (*Klima-Beschluss* o *Klima-Urteil*), se puede encontrar en <bundesverfassungsgericht.de>, también en la traducción inglesa, francesa y española. La ley federal sobre la protección del clima es el *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG).

el reconocimiento de un margen de acción para el legislador democrático. Por lo tanto, puede ser útil para una audiencia de habla italiana y española comprender mejor la motivación de esta decisión y su alcance real, partiendo del contexto jurídico y político alemán. En los párrafos que siguen, me centraré en los pasajes del fallo que han generado un mayor interés y en la ubicación de éste, dentro del marco de procesos democráticos más amplios.

2. *La protección del clima entre obligaciones de protección y derechos intertemporales. Las coordenadas de la dogmática*

Después del *Klima-Beschluss*, se llevó a cabo en la doctrina constitucional alemana un debate animado, cuyo núcleo fueron los argumentos en los cuales el Tribunal constitucional desarrolló las categorías dogmáticas del «efecto anticipado similar al de interferencia» (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)¹⁵ y de los derechos fundamentales como «garantía intertemporal de la libertad» (*intertemporale Freiheitsicherung*)¹⁶. Para comprender completamente el sentido de este debate, es necesario tener en cuenta las especificidades de la dogmática alemana en cuanto a los *Grundrechte* (derechos fundamentales) y la forma intensa en que la doctrina dialoga, incluso de manera crítica, con el *Bundesverfassungsgericht*, que a su vez tiene en cuenta las posiciones doctrinales en sus propias sentencias. Aunque esto ha llevado a que una parte significativa de las elaboraciones doctrinales se enfoque en la exégesis y en la anticipación de orientaciones interpretativas de la jurisprudencia del Tribunal, en detrimento de otros géneros literarios, la estrecha interacción entre la doctrina constitucional y el *Bundesverfassungsgericht* (en términos comparativos: entre el *formante* doctrinal y el de la jurisprudencia constitucional) sigue siendo un aspecto característico de la cultura jurídica y constitucional alemana¹⁷.

Con alguna simplificación, se puede afirmar que, en la dogmática consolidada, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: la individual de *Abwehrrechte*, es decir, derechos de defensa contra las injerencias del estado, que fundamentan una pretensión de abstención, y la institucional de *Schutzpflichten*, es decir, obligaciones de protección dirigidas al estado, que fundamentan una pretensión de acción. En realidad, la dimensión institucional es a su vez mucho más articulada, incluye sub-dimensiones axiológicas, organizativas y procedimentales, democrático-participativas, de derechos de prestación y de efectos horizon-

¹⁵ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116, 183 ss.

¹⁶ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 122, 142, 183, 190, 191.

¹⁷ Por último, cfr. D. GRIMM (ed.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, Tübingen, 2019.

tales¹⁸, pero para los fines de esta contribución, se puede limitar a considerar la yuxtaposición y, sobre todo, la nueva correlación en la decisión que se está examinando, de *Abwehrrechte* y *Schutzpflichten*.

Las obligaciones de protección, en particular, han sido desarrolladas por el *Bundesverfassungsgericht* en la jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo¹⁹, a partir de una lectura conjunta del principio de dignidad (art. 1, párrafo 1 *Grundgesetz*/GG) y el derecho a la vida (art. 2, párrafo 2, frase 2 GG), y se han referido al embrión y al feto. Aunque la doctrina no ha excluido la enunciación de obligaciones de protección con respecto al conjunto de los derechos fundamentales, la jurisprudencia más relevante hasta ahora los ha relacionado principalmente con el derecho a la vida y la integridad física (art. 2, párrafo 2, frase 2 GG). Esto también se aplica a las obligaciones de protección que se refieren a asuntos ambientales (por ejemplo, en relación con el uso de la energía nuclear, la contaminación acústica, el *electro-smog*). En menor medida, las obligaciones de protección en este ámbito se pueden derivar del derecho de propiedad (art. 14 GG) y el derecho a elegir libremente una profesión (art. 12 GG)²⁰.

Cuando los jueces fundamentan una decisión, normalmente se considera un derecho fundamental alternativamente a la luz de un perfil u otro (*Abwehrrecht* o *Schutzpflicht*): la elección tiene repercusiones en el tipo de análisis y los pasos que marcan el razonamiento de la sentencia, a menudo correspondiendo un lenguaje específico, dependiendo de si se sigue uno u otro camino. Entre estas

¹⁸ La bibliografía sobre el tema es vasta; me limito a mencionar H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 1993; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1994; J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, en IDEM, P. KIRCHHOF (ed.), *Handbuch Staatsrechts*, V, Heidelberg, Müller, 1992, § 111; H.D. JARASS, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, en D. MERTEN – H.J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, II, Heidelberg, Müller, 2006, 625 ss.; W. KAHL, *Grundrechte*, en O. DEPENHEUER – C. GRABENWARTER (eds.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, 807 ss.; C. CALLIESS, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, en H. PÜNDER – C. WALDHOFF (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, 2014, 27 ss. En la doctrina italiana, v. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, en IDEM, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti di libertà in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 166 ss. y, si se quiere, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, en *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016.

¹⁹ BVerfGE 39, 1, del 25.2.1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*); 88, 203, del 28.5.1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

²⁰ BVerfGE 46, 160, del 16.10.1977 (*Schleyer*); 49, 89, dell'8.8.1987 (*Kalkar I*); 53, 30, del 20.12.1979 (*Mühlheim-Kärlich*); 56, 54, del 14.1.1981 (*Fluglärm*); 77, 170, del 29.10.1987 (*Lagerung chemischer Waffen*); BVerfG, 1 BvR 2465/06, del 12.11.2008, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NwZ)*, 2009, 171 ss. (*Standortzwischenlager für atomare Kernbrennstoffe*); BVerfG, 1 BvR 1178/07, del 10.11.2009 (*Schacht Konrad*); BVerfG, 1 BvR 382/05, del 24.1.2007, in *NwZ*, 2007, 805 ss. (*Mobilfunkanlagen*); y otras decisiones relacionadas con la contaminación acústica en los aeropuertos, incluyendo BVerfG, 1 BvR 1502/08, del 4.5.2011, en *NwZ*, 2011, 991 ss. Para tener una visión general cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltschutz*, Tübingen, 2001, 312 ss.; A. VOSSKUHLE, *Umweltschutz und Grundgesetz*, en *NwZ*, 2013, 6 ss.

diferencias se encuentra también la forma en que opera el principio de proporcionalidad: generalmente se asocia más a los *Abwehrrechte*, en relación con los cuales en la última fase (la de la proporcionalidad en sentido estricto) se convierte en un *Übermassverbot* (prohibición de una compresión excesiva de un derecho). En la constelación de las *Schutzpflichten*, por otro lado, se habla de un *Untermassverbot* (prohibición de reducir la protección de un derecho por debajo de un umbral determinado). Es un estándar de escrutinio menos incisivo que el anterior, y tiene en cuenta el margen más amplio de evaluación y conformación que el estado, y especialmente el legislador, tiene al diseñar las obligaciones de protección. Para evaluar el cumplimiento de este segundo canon, el *Untermassverbot*, el Tribunal constitucional generalmente utiliza un estándar bastante suave, el *Evidenzkontrolle*, según el cual una ley se considera inconstitucional solo si la falta de protección es evidente, ya sea debido a una omisión total por parte del Parlamento, o debido a una evidente inadecuación o insuficiencia de la medida en relación con el objetivo a alcanzar. Más estricto pero aún menos penetrante que el escrutinio de proporcionalidad es la *Vertretbarkeitskontrolle*, un control relacionado con la exactitud en la determinación de los hechos, la plausibilidad de la evaluación (*Vertretbarkeit*) y la eficacia de la protección proporcionada²¹.

En este contexto, se puede encuadrar también el problema de la protección ambiental en la Ley Fundamental de Alemania. Si, en una perspectiva comparativa, se distinguen constituciones en las cuales el medio ambiente es objeto de un derecho subjetivo individual y constituciones en las cuales está protegido por una norma de objetivo (*Staatszielbestimmung*)²², en Alemania hasta ahora el enfoque predominante ha sido el segundo. La discusión se abrió en la doctrina, la jurisprudencia y el mundo político durante la década de 1970. El derecho subjetivo fundamental al medio ambiente se dejó de lado por una serie de objeciones, incluyendo el alcance aparentemente indeterminado y la indefinida cantidad de posibles titulares. También se propuso la introducción de un deber de los ciudadanos hacia el estado en relación con la protección del medio ambiente por parte de los privados. El debate experimentó momentos de aceleración primero con la entrada en el *Bundestag* del partido Los Verdes en la década de 1980, y luego de manera decisiva con la reunificación.

A principios de la década de 1990, en los trabajos de la Comisión Conjunta establecida para realizar revisiones en el *Grundgesetz* se confrontaron las siguientes posiciones: por un lado, Los Verdes estaban a favor de prever un derecho subje-

²¹ Cfr. la nota anterior, así como también J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005², I ss. y *passim*; J. ISENSEE, *Das Grundrecht* cit., 181 ss.; C. CALLIESS *Schutzpflichten*, en D. MERTEN – H.J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte* cit., 963 ss.; D. GRIMM, *The Protective Function of the State*, en G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, 149 ss.

²² Para un amplio panorama v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 94 ss., 124 ss.

tivo, que se introduciría mediante una integración del art. 2, párrafo 2 GG (pero es importante recordar que los primeros promotores de un derecho de este tipo en la década de 1970 fueron los liberales de la FDP). Por otro lado, los cristiano-demócratas y los socialdemócratas apoyaban la norma de objetivo. En 1994, con el art. 20a GG, se adoptó esta última solución: la norma establece que el estado protege «las bases naturales de la vida» (*natürliche Lebensgrundlagen*), mientras que desapareció tanto la referencia directa a la actividad humana (requerida por la CDU) como el carácter «particular» de la protección ambiental (requerido por el SPD)²³. La formulación parece haber dejado abierta la cuestión, quizás demasiado polarizada, sobre el enfoque antropocéntrico o ecocéntrico de la norma, mientras que una interpretación sistemática, y en particular el principio de intangibilidad de la dignidad humana, ha llevado a parte de la doctrina a otorgar preponderancia, en las operaciones de ponderación, a los intereses humanos²⁴. Como se anticipó, la protección del medio ambiente también se relaciona con la dimensión de las obligaciones de protección que surgen del derecho a la vida y la integridad física (art. 2, párrafo 2 GG) y, en menor medida, del derecho de propiedad (art. 14 GG) y del derecho a elegir libremente la profesión (art. 12 GG)²⁵.

Sin embargo, las propuestas para desarrollar un derecho subjetivo no han desaparecido, especialmente en lo que respecta al «derecho a un mínimo vital ecológico» (*Recht auf ein ökologisches Existenzminimum*). Se trata de una posición subjetiva que, por un lado, es un derecho de defensa contra las interferencias estatales «extremadamente perjudiciales» para el medio ambiente y, por otro lado, otorga un derecho de prestación, una pretensión positiva para la preservación de un núcleo de elementos naturales considerados necesarios para vivir de manera digna (aire respirable, agua potable, alimentos comestibles, etc.) o para preservar la salud humana (por ejemplo, la capa de ozono), elementos indispensables tanto para la supervivencia física de cada individuo como para el mantenimiento de una red de relaciones elementales. La preservación de condiciones climáticas que hagan que el planeta sea habitable, y por lo tanto la prevención de los riesgos que

²³ M. KLOEPFER, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Berlin, 1978, 7 ss.; B. BOCK, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Berlin, 1990, 53 ss., 225 ss.; H. SCHULZE-FIELTIZ, *Art. 20a GG*, en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, 2015³, Rn. 7-8; J. LUTHER, *Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, en *Pol. Dir.*, 1989, 677 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 132 ss.; E. BUONO, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, en *DPCE online*, Sp-2, 2023, 472 ss. Entre los comentaristas del *Klima-Beschluss*, estos eventos son analizados en particular por J. BERKEMANN, 'Freiheitschancen über die Generationen' (*Art. 20a GG*) – *Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 2021, 702 ss. Sobre el art. 20a GG, v. también C. CALLISS, *Rechtsstaat* cit., 104 ss.

²⁴ IDEM, 111-114, 509 ss.

²⁵ *Supra*, n. 20.

puedan llevar al cruce de los puntos de inflexión, también se encuentra en el contenido de un derecho de este tipo.

Desde un punto de vista interpretativo, este contenido se deriva de una interpretación conjunta de los art. 1, párrafo 1 GG y 2, párrafo 2 GG, por un lado, y del principio del estado social en el art. 20 GG, por otro. Las similitudes con el «derecho al mínimo vital» económico-social (*Recht auf Existenzminimum*), propuesto por la doctrina y posteriormente reconocido por el Tribunal constitucional²⁶, son evidentes²⁷. La objeción principal planteada contra el derecho a un mínimo vital ecológico es que la constitución no ofrece indicadores relativos a los umbrales o estándares de habitabilidad que determinen el nivel mínimo de protección²⁸; a esto se ha respondido observando que indicadores similares tampoco se pueden encontrar con respecto al *Recht auf Existenzminimum* social y, sin embargo, el *Bundesverfassungsgericht* ha identificado algunos criterios de tipo procedimental adecuados para guiar al legislador en la definición del contenido del derecho²⁹. El derecho al mínimo vital, tanto social como ecológico, se refiere a los bienes materiales y naturales que constituyen el requisito previo para el ejercicio efectivo de este y otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la vida presupone aire respirable)³⁰.

Antes de la publicación del *Klima-Beschluss*, las previsiones de los académicos eran en gran parte desfavorables al reconocimiento de las demandas de los recurrentes, a la luz de la jurisprudencia sobre las obligaciones de protección, que como se ha visto, se caracterizaba por un nivel menos penetrante de escrutinio. Esto se evidenciaba en el hecho de que, hasta ese momento, el Tribunal constitucional nunca había encontrado una violación de las *Schutzpflichten* en cuestiones ambientales³¹. Sin embargo, también hubo quienes imaginaron que este caso podría ser una oportunidad para una evolución de esa jurisprudencia, inaugurando un tipo de escrutinio relativamente más riguroso, posiblemente respaldado por el derecho al mínimo vital ecológico³².

Sin embargo, los pronósticos fueron desmentidos y el Tribunal declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley de protección del clima de

²⁶ BVerfGE, 125, 175, del 9.2.2010 (*Hartz IV*).

²⁷ Cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat* cit., 300; IDEM, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz – Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*, en *ZUR*, 2021, 326 ss.; A. BUSER, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland*, en *DVBl*, 2020, 1391 ss.

²⁸ A. VOSSKUHLE, *Umweltschutz und Grundgesetz* cit., 6.

²⁹ *Supra*, n. 26 e *infra*, n. 117.

³⁰ Cfr. M. KLEIBER, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014, 309 ss.

³¹ Cfr. entre otros A. VOSSKUHLE, *Umweltschutz und Grundgesetz* cit., 7; W. KAHL, *Klimaschutz und Grundrechte*, en *Juristische Ausbildung*, 2021, 121.

³² A. BUSER, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz?* cit.; C. CALLIESS, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz* cit.; W. KAHL, *Klimaschutz und Grundrechte* cit., 121 ss.

2019 por no haber previsto, ya sea directamente o indirectamente a través de la fijación de criterios para futuros reglamentos gubernamentales, un camino gradual de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2050, que proporcionara a los ciudadanos y las empresas un horizonte temporal adecuado para orientar sus comportamientos hacia el objetivo de neutralidad climática. La ley original establecía objetivos precisos de reducción de emisiones hasta 2030, mientras que para el período posterior remitía a los reglamentos del Gobierno que debían adoptarse a partir de 2025. Sin embargo, la palanca dogmático-argumentativa utilizada para la declaración de inconstitucionalidad no fueron las obligaciones de protección, sino los derechos individuales en su dimensión defensiva y en una proyección intertemporal. A ellos se les asoció el juicio de proporcionalidad. Estas fueron las partes más inesperadas de la decisión, donde los perfiles procesales de admisibilidad están estrechamente relacionados con los aspectos de mérito.

A pesar de que se han identificado apoyos en la dogmática previa (especialmente en lo que respecta al derecho de propiedad)³³, este tipo de argumentación y reconstrucción dogmática puede considerarse una innovación en los derechos fundamentales (*Grundrechtsinnovation*). En la experiencia constitucional alemana, tales innovaciones no son infrecuentes, especialmente en áreas relacionadas con el desarrollo tecnológico, que ha causado cambios en la interpretación del derecho, a menudo a través de una interacción entre fuentes constitucionales y fuentes internacionales o supranacionales³⁴. Un indicador formal-procedimental del alcance significativo de este cambio es el hecho de que la decisión se tomó por unanimidad³⁵: los jueces transmitieron hacia el exterior la imagen de cohesión interna, cuya búsqueda en el *Bundesverfassungsgericht* es una regla³⁶, pero que es altamente improbable que se haya alcanzado efectivamente en este caso en toda la motivación. Por lo tanto, los jueces fortalecieron la nueva figura dogmática frente a las posibles objeciones de los comentaristas. En esta perspectiva, sorprende que la decisión no haya sido precedida por una audiencia pública, sobre la base del

³³ En particular, el ‘efecto anticipado de expropiación’: entre otros v. N. GROSCHKE, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, en *Der Staat*, 2022, 114 y 115; C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffähnlicher Vorwirkungen. Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2021, 148 y 149. Para establecer un posible vínculo con las generaciones futuras, pero haciendo referencia a las *Schutzpflichten*, v. M. KLEIBER, *Der grundrechtliche* cit., 296 ss.

³⁴ G. HORNING, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015.

³⁵ Entre otros, observan esta característica J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, en *DVBl*, 2021, 1340; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, en *JZ*, 2021, 1071; S. LENZ, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, en *Der Staat*, 2022, 101.

³⁶ Cfr. U. KRANENPOHL, *Hinter dem Schleier des Beratungsheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

supuesto, al menos cuestionable, de que no había necesidad adicional de aclaraciones y que la decisión se integraba armónicamente en la jurisprudencia previa³⁷. El dictamen se emitió en forma de decisión (*Beschluss*), aunque larga, y no como una sentencia (*Urteil*). El tiempo dirá si y en qué medida esta innovación puede consolidarse, ya que, como era previsible, quedan algunas cuestiones abiertas.

3. *A continuación. El argumento del Bundesverfassungsgericht y las reacciones de la doctrina*

Es apropiado en este punto examinar más de cerca el argumento de los jueces. El primer obstáculo, común a una parte del litigio climático, donde falta una legitimación específica para actuar por parte de las asociaciones³⁸, se refería a la admisibilidad de la *Beschwerde*: los requisitos para la procedibilidad de la demanda suelen ser un interés propio (*selbst*), inmediato (*unmittelbar*) y actual (*gegenwärtig*) de los recurrentes. Mientras que estos elementos no pueden encontrarse en las organizaciones ambientales, que no son titulares de un derecho o situación legal accionable a través de la *Beschwerde*, para los individuos la situación es diferente. El Tribunal constitucional utilizó una interpretación amplia de los requisitos procesales, considerando posible una lesión de los derechos a la vida y la integridad física, y el derecho de propiedad, con respecto específico a la dimensión de las *Schutzpflichten*, así como una lesión más general de los derechos de libertad, vistos en la dimensión individual de los derechos de defensa³⁹. Al observar detenidamente, la identificación de los tres requisitos puede parecer problemática y dar la impresión de que el *Bundesverfassungsgericht* de hecho abrió la puerta a una acción popular⁴⁰, suscitando objeciones en parte similares a las que se habían formulado con respecto a la interpretación extensiva del art. 38 GG, visto como un *Grundrecht auf Demokratie*, en el marco de la ya densa jurisprudencia relativa a las relaciones entre los principios constitucionales de estructura y el derecho

³⁷ K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen*, en *NJW*, 2021, 2085; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1070; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 93 ss.

³⁸ Para un panorama general cfr. *supra*, n. 2.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 91 ss. Para una reconstrucción del recurso directo en la experiencia alemana v. F. SAITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, en IDEM, bajo el cuidado de G. REPETTO, *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2021, 43 ss.

⁴⁰ M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser 'intertemporale Systemgerechtigkeit'? – auf Konturensuche*, en *NVwZ*, 2021, 921 y 922; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der 'intertemporale Freiheitsschutz'*, en *Umwelt- und Planungsrecht (UPR)*, 2021, 251.

de la Unión Europea⁴¹. Los jueces intentaron prevenir las críticas con los siguientes argumentos: por un lado, y distanciándose explícitamente de la jurisprudencia más restrictiva del Tribunal de Luxemburgo⁴², afirmaron que el carácter ‘propio’ del interés no requiere que sea calificado al mismo tiempo. En otras palabras, el perjuicio para el recurrente no debe diferenciarse significativamente del de otros miembros de la sociedad⁴³. Por lo tanto, el hecho de que se trate de un perjuicio compartido dentro de la comunidad no excluye el interés del individuo en presentar un recurso. Por otro lado, insistieron en los perjuicios concretos a los que, a la luz de los efectos de las medidas adoptadas, es probable que se hayan expuesto los recurrentes: se trata de los seres humanos que viven en la actualidad más que de las generaciones futuras, aunque debe recordarse que el último concepto no está delimitado de manera nítida: existen superposiciones de generaciones, especialmente en lo que respecta a los jóvenes⁴⁴. Estos perjuicios, peligros reales, se refieren a los derechos a la vida y la integridad física (indirectamente a la salud, un bien no previsto expresamente en la Ley Fundamental), así como al derecho de propiedad, si no se cumplen adecuadamente las obligaciones de protección. Pero también afectan, en una perspectiva especular y general, a los derechos de libertad, que podrían verse comprimidos debido a la adopción repentina de medidas drásticas para reducir las emisiones⁴⁵. El Tribunal constitucional no se extiende sobre el «derecho a una existencia mínima ecológica» y el «derecho a un futuro digno del ser humano», invocados por los recurrentes, cuya existencia

⁴¹ Cfr. para todos R. LEHNER, *Die ‘Integrationsverfassungsbeschwerde’ nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrbungsbeschwerde*, en *Der Staat*, 2013, 535 ss.; críticamente entre los demás C. SCHÖNBERGER, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, en *JZ*, 2010, 1160 ss.

⁴² Cfr. TribUE, T-330/18, *Carvalho*, del 8.5.2019; CGUE, C-565-19 P, *Carvalho*, del 15.3.2021.

⁴³ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 110. Sobre la naturaleza innovadora y especialmente amplia de esta interpretación v., entre otros, J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 708 y 709; C. CALLIÉS, *Das ‘Klimaurteil’ des Bundesverfassungsgerichts: ‘Versubjektivierung’ des Art. 20a GG?*, en *ZUR*, 2021, 355; para una interpretación amplia de la admisibilidad a la luz de la doctrina de las *Schutzpflichten* v. C. BICKENBACH, *Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten*, en *JZ*, 2020, 176.

⁴⁴ En cuanto a la estratificación del concepto de generaciones futuras v. A. D’ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, en *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, 337 ss. Sobre el problema de la personalidad jurídica de las generaciones futuras v. IDEM, 365 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future* cit., 71 ss.; en el contexto alemán M. KLEIBER, *Der grundrechtliche* cit., 9 ss. y 63 ss. Para una comprensión de la cuestión desde el punto de vista de las responsabilidades y deberes de las generaciones presentes v. ya, partiendo de las *Schutzpflichten*, H. HOFMANN, *Nachweltschutz als Verfassungsfrage*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1986, 87 ss.; en el contexto italiano R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future* cit., 178 ss.; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, en *Dir. soc.*, 2008, 145 ss.

⁴⁵ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 96 ss., 116 ss., 129 ss.

se considera abstractamente posible pero que no parece estar comprometida en este caso. Se reserva alguna consideración adicional para el derecho a la existencia mínima ecológica, donde se afirma que abarca un espectro no completamente superpuesto con los art. 2, párrafo 2 y 14 GG, y que se refiere en particular a la existencia de las condiciones ecológicas que hacen posible la participación en la vida social, política y cultural en el territorio. Pero según los jueces, no se puede decir que la ley climática haya causado efectos tan catastróficos como para perjudicar ese contenido mínimo⁴⁶.

También es notable la apertura del camino procesal a las *Beschwerden* presentadas por individuos residentes en Nepal y Bangladesh: el *BVerfG* la justifica haciendo referencia a una jurisprudencia reciente sobre la eficacia extraterritorial de los derechos⁴⁷, pero reconoce una diferencia entre la dimensión defensiva y las obligaciones de protección (la primera ofrece una protección más sólida), y especialmente entre las obligaciones de protección que deben hacerse valer en Alemania y las que deben hacerse valer en el extranjero, destacando cómo en el segundo caso el vínculo entre los recurrentes y las posibles medidas normativas para implementar las *Schutzpflichten* es mucho más débil⁴⁸. Por lo tanto, en cuanto al fondo, se rechaza el recurso basado en la eficacia extraterritorial de los derechos.

Sin embargo, el Tribunal acepta las demandas de los ciudadanos alemanes, que hacen referencia en primer lugar al territorio nacional, aunque es plenamente consciente del alcance global de la emergencia climática, como lo demuestra el papel decisivo que los jueces atribuyen a los Acuerdos de París en la justificación. Antes de abordar este aspecto, sin embargo, es necesario volver sobre los pasajes de la decisión que más han sorprendido a los comentaristas, es decir, el cambio de enfoque de las obligaciones de protección (*Schutzpflichten*) hacia el de la dimensión individual y defensiva de los derechos (*Abwehrrecht*), acompañado de una perspectiva intertemporal.

La falta de declaración de inconstitucionalidad por violación de las obligaciones de protección⁴⁹ probablemente se pueda explicar por la intención de los jueces de no querer introducir cambios significativos en la dogmática de las *Schutzpflichten*, y especialmente en el escrutinio por parte del Tribunal constitucional, escrutinio que, como se ha visto hasta ahora en esta configuración, ha sido bastante débil⁵⁰. Por lo tanto, a pesar de que los jueces reconocieron clara-

⁴⁶ IDEM, Rn. 113 ss. Sobre la concepción restrictiva del derecho a un mínimo existencial ecológico adoptada por el Tribunal cfr. M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1135.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 2835/17, del 19.5.2020 (*BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*).

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 101, 173 ss. Sobre la cuestión específica de la extraterritorialidad, v. C. GENTILE, *Climate Litigation ed extraterritorialità dei diritti*, en <federalismi.it>, 5, 2023, 1 ss.

⁴⁹ Cfr. BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 152 ss., 171 ss.

⁵⁰ Así lo expresó claramente la jueza constitucional, miembro del Senado que emitió la decisión, G. BRITZ, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en *NVwZ Son-*

mente por primera vez que la protección del clima forma parte de las obligaciones de protección establecidas en los art. 2, párrafo 2 y 14 GG⁵¹ evaluaron una posible violación de las mismas y, aplicando los criterios derivados de los precedentes, la negaron. Sin embargo, no pocos constitucionalistas y expertos en derecho ambiental han destacado que los jueces podrían haber desarrollado la doctrina de las obligaciones de protección en la dirección que sugiere un mayor rigor en el control de constitucionalidad en el sentido de una *Vertretbarkeitskontrolle*, especialmente frente a riesgos graves, para los cuales la ocurrencia de eventos perjudiciales es altamente probable, una configuración que es difícil de negar en el contexto de la actual emergencia climática⁵². Otra alternativa habría sido explorar más a fondo el derecho a una existencia mínima ecológica concebido como un derecho de prestación basado en el principio de precaución⁵³. Para ambas perspectivas, obligaciones de protección y derechos de prestación, que incluyen en esta materia también la dimensión participativa de los derechos, es relevante el tema de los presupuestos de los derechos fundamentales (*Grundrechtsvoraussetzungen*): condiciones naturales, materiales o jurídicas para el ejercicio de los derechos, que están dentro del ámbito de aplicación de estos. La preservación de un clima equilibrado se puede considerar como una de estas condiciones previas⁵⁴.

Sin embargo, el enfoque seguido por el Tribunal es diferente: en primer lugar, los jueces niegan la violación de las obligaciones de protección relacionadas con el derecho a la vida y la integridad física, así como el derecho de propiedad, y posteriormente, reformulando el parámetro de juicio en comparación con lo que indicaron los demandantes⁵⁵, emiten una declaración de inconstitucionalidad basada en los derechos fundamentales, enmarcados en su dimensión defensiva y en su proyección intertemporal. El razonamiento de los jueces, tan simple como ingenioso, es el siguiente: la ley climática establece objetivos de reducción de emisiones hasta el año 2030, pero dado el presupuesto de carbono disponible para Alemania, para esa fecha casi se habrá consumido toda la cantidad permitida. Para cumplir con el objetivo de neutralidad de carbono para el año 2050, el estado habría tenido que tomar medidas muy drásticas en un período de tiempo

derausgabe Klimabeschluss, 2022, 12 y 13, pero el punto se sugiere en la mayoría de los comentarios citados.

⁵¹ Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 12.

⁵² C. CALLIESS, *Das "Klimaurteil"* cit., 356 y 357; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244, 248; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2087 y 2088; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710 y 725; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1137 ss.

⁵³ C. CALLIESS, *Das "Klimaurteil"* cit., 357; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244, 246 y 247, que sin embargo opone al *Bundesverfassungsgericht* una excesiva generalidad en la definición de ese mínimo (las condiciones cuya ausencia haría imposible la participación y la integración social, cultural y jurídica).

⁵⁴ W. FRENZ, *Klimagrundrecht*, en *DöV*, 2021, 720 ss. Cfr. *supra*, n. 27, 30.

⁵⁵ C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 140 ss.

po muy corto, medidas que habrían tenido un impacto restrictivo en la mayoría de las actividades humanas (energía, producción, transporte, servicios, consumo, cultura, etc.). Estas actividades constituyen formas de ejercicio de derechos y libertades individuales, que por lo tanto se ven limitadas⁵⁶. Si bien la restricción ocurrirá en el futuro, se basa en normas legales vigentes en el presente; por eso los jueces hablan de un «efecto (de la ley) similar al de la interferencia»⁵⁷.

Algunos autores han enmarcado esta perspectiva, compartiéndola, como una coordinación entre la dimensión de los derechos de defensa y la de las obligaciones de protección⁵⁸. Otros han considerado más problemático este enfoque debido a la confusión que puede generar entre las dos dimensiones, socavando las funciones de orientación y previsibilidad que deberían caracterizar la jurisprudencia constitucional⁵⁹. Uno de los aspectos más controvertidos de la reconstrucción del *Bundesverfassungsgericht* se refiere a la generalidad de las posiciones legales cuya lesión fundamenta la inconstitucionalidad⁶⁰: mientras que algunos han considerado que los jueces tenían en mente principalmente las libertades económicas⁶¹, otros han destacado cómo casi todos los comportamientos humanos estaban involucrados, ya que cada tipo de actividad depende del consumo de energía⁶². Los jueces no han identificado uno o más derechos fundamentales ni una libertad concreta, sino que han hablado de manera genérica de derechos de libertad (*Freiheitsrechte*) que en su conjunto se verían comprometidos. O, mejor dicho, han recordado que el *Grundgesetz* protege específicamente algunos derechos de libertad y que en cualquier caso es relevante la libertad general de actuar (*allgemeine Handlungsfreiheit*) en virtud del art. 2, párrafo 1 GG, interpretada por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina como un derecho general de libertad (*allgemeines Freiheitsrecht*)⁶³. Esta norma se ha considerado una especie de ‘derecho paraguas’ (*Auffanggrundrecht*) reconocido a través de una cláusula subsidiaria,

⁵⁶ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116 ss., 182 ss., 247 ss.

⁵⁷ Sobre el perfil jurídico y no solo factual de esta relación causal, v. *ivi*, Rn. 118, 187. Habla de un «sustituto de interferencia» y de un «peligro para el derecho fundamental que sustituye la interferencia», *Der Klimabeschluss* cit., 90.

⁵⁸ En general, adhieren con respecto a este enfoque del Tribunal, S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, en *NVwZ*, 2021, 914, 916; C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 144.

⁵⁹ CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1073 y 1074; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 90 ss.; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1139.

⁶⁰ CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1071; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 245 y 246; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 711 y 712; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 90 ss.

⁶¹ CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1073 y 1076.

⁶² V. la jueza G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 13.

⁶³ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 117, 184. Cfr. recientemente M. EIFERT, *Persönliche Freiheit*, en M. HERDEGEN – J. MASING – R. POSCHER – K.F. GÄRDITZ (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, 1163 ss.; para algunos perfiles problemáticos v. *infra*, n. 65.

que ofrece protección a comportamientos no incluidos en los derechos enumerados. Sin embargo, no se trata de una reconstrucción dogmática pacífica, ya que la sentencia que inauguró esta línea interpretativa en la década de 1950, conocida como el *Elfes-Urteil*⁶⁴, ha sido criticada por algunas consecuencias negativas: el impulso que dio a una progresiva y penetrante juridificación de los comportamientos y las relaciones humanas (que tienden a ser observados a través del prisma y el léxico de los derechos fundamentales), la correspondencia entre la amplitud del ámbito de aplicación y la amplitud de los límites aplicables al derecho (ambos bastante amplios), la expansión del espectro del control del juez constitucional y la reducción del espacio de la conformación política y legislativa⁶⁵. De ahí la impresión de que el *Klima-Beschluss* se situaba en una continuidad sustancial con esta jurisprudencia y la lectura de la decisión como una «versión ecológica de *Elfes*» (*Öko-Elfes*), que habría «sujetivizado» el art. 20a GG en contra de lo deliberado en la revisión constitucional, abriendo la puerta a una pretensión individual relacionada con actos de las autoridades públicas que respeten los criterios ambientales⁶⁶.

Otro aspecto sobre el cual se ha debatido se refiere al significado de la intertemporalidad: algunos han hablado incluso de un «derecho fundamental a la garantía intertemporal de los derechos»⁶⁷, otros de una (además) dimensión de los derechos fundamentales⁶⁸, y algunos de una función de estos últimos⁶⁹. Algunos han considerado que la demanda de protección intertemporal de los derechos individuales debe traducirse en una necesidad de justicia intergeneracional o de

⁶⁴ BVerfGE 6, 32, del 16.1.1957.

⁶⁵ Para una reconstrucción histórica cfr. D. GRIMM, *Das Elfes-Urteil*, en F. MEINEL (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, 2019, 155 ss.; H. BIRKENKÖTTER, *Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil*, en D. GRIMM (ed.), *Vorbereiter – Nachbereiter?* cit., 9 ss.

⁶⁶ Cfr. críticamente CH. CALLIESS, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, en <verfassungsblog.de> (25.5.2021); IDEM, *Das "Klimaurteil"* cit., 356; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1076; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710 y 712; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 243 y 249; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1135. La tesis de la subjetivación del art. 20a GG es disputada por aquellos que, en cambio, consideran que se trata de una coordinación del derecho de autodefensa y el deber de protección: *supra*, n. 58. C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 154, sostiene que no se ha subjetivado el art. 20a GG, pero que los derechos de libertad hayan sido «intertemporalizados» a través del art. 20a GG.

⁶⁷ S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 913; M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 921, que atribuyen (erróneamente) el derecho a las generaciones futuras; crítico M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 243 y 246.

⁶⁸ S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 914; M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 2021, 918; C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 144; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2022, 593 ss.

⁶⁹ M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 918 (como se puede ver en las citas, las elecciones léxicas de los diversos autores no son siempre unívocas).

«justicia intertemporal sistémica»; en particular, se han destacado los principios de justicia global del sistema y de coherencia objetiva interna de la legislación, principios desarrollados en el ámbito fiscal y relacionados con el principio de igualdad⁷⁰. Los jueces han hablado, de hecho, de la necesidad de distribuir entre las generaciones tanto las oportunidades de libertad como las cargas de reducción de emisiones⁷¹. Estos pasajes han llevado comprensiblemente a hacer referencia a las teorías de John Rawls sobre la justicia intergeneracional⁷². Sin embargo, la reformulación de la cuestión en términos de justicia intergeneracional no es pacífica: en parte porque no se puede dar por sentada la transposición de la lógica utilizada en relación con la justicia redistributiva (que normalmente se refiere a la distribución de bienes materiales en el tiempo presente) a la redistribución de cuotas de libertad en el futuro; en parte porque, en el caso concreto, no se trata de una distribución desigual de los efectos negativos del cambio climático, sino de una distribución desigual de las cargas resultantes de una ley específica (la Ley de protección del clima de 2019). Además, no se trata de una sucesión de generaciones diferentes (por lo tanto, de una alteridad de sujetos), sino de los mismos individuos considerados a una distancia temporal de diez a veinte años. Más que un problema de efectividad de ciertas decisiones hacia terceros (que aún no existen), sería un problema relacionado con la modulación temporal de una auto-limitación de sus propias libertades⁷³. Además, es importante señalar que el Tribunal no ha invocado el principio de igualdad – que probablemente habría requerido distribuciones simétricas y no proporcionalmente graduadas entre las generaciones⁷⁴ – y que ha sido cuidadoso en estructurar su razonamiento en torno a derechos que podrían ser comprimidos en los años venideros, pero cuyos titulares ya son seres vivos en la actualidad. Por otro lado, los jueces han rechazado claramente la titularidad de posiciones jurídicas subjetivas en manos de las generaciones futuras⁷⁵. Si los titulares de los dere-

⁷⁰ M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 920 y 921. V. también J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 712 ss.; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244; M.J. SEIBERT, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, en *DVBl.*, 2021, 1145 y 1146; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2022, 590 y 591. Desestima este perfil S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 99.

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 183, Rn. 192 ss.

⁷² J. RAWLS, *Una teoría della giustizia*, nuova ed., ed. orig. *A Theory of Justice* (1999), Milano, 2008, 278 ss. Cfr. J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 712 y 713; N. GROSCHE, *Recht und intertemporale* cit., 116, 117 y 120.

⁷³ N. GROSCHE, *Recht und intertemporale* cit., 116 ss. Críticas también presentes en CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1073.

⁷⁴ G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 14.

⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 109. Cfr. C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 154. Para un panorama de los problemas relacionados con las generaciones futuras, muchos de los cuales también surgen en la sentencia que se está considerando v. *supra*, n. 44.

chos están actualmente vivos y se percibe un efecto anticipado de interferencia, esto puede deberse a que el umbral de peligro jurídicamente relevante se ha anticipado aún más de lo que normalmente se acepta en el ámbito de la prevención de riesgos (*Vorsorge*), a la luz de las dinámicas ecológicas específicas⁷⁶. Además, sorprende que en la decisión no se haya tratado el principio de precaución.

Otro aspecto de la sentencia que ha generado perplejidad entre los comentaristas se refiere a la forma en que el Tribunal ha hecho referencia a los Acuerdos de París sobre el clima de 2015 y al criterio del *carbon-budget*. De hecho, los jueces han considerado vinculantes, en el art. 1 frase 3 de la ley de 2019, los objetivos del Tratado de París (que buscan mantener el aumento de la temperatura por debajo de los 2°C y, preferiblemente, cerca de 1,5°C, según el art. 2, párrafo 1 letra a)), en la medida en que estos objetivos se han incorporado como el «fundamento» de la propia ley⁷⁷. Al estar incorporados en la ley, estos objetivos constituyen una «concretización» del art. 20a GG y desempeñan una «función constitucional de orientación»⁷⁸. Esto crea un efecto aparentemente paradójico, ya que algunas disposiciones de la Ley de protección del clima (art. 3, párrafo 1 frase 2, art. 4, párrafo 1 frase 3 y anexo 2) se declaran inconstitucionales por haber violado los objetivos establecidos por otras disposiciones de la misma ley (art. 1 frase 3).

En realidad, la relación dialéctica entre la constitución y la ley ordinaria relativamente a la precisión del contenido de algunas cláusulas flexibles de la constitución es conocida desde hace tiempo: la ley ordinaria puede ser vista principalmente como objeto de un juicio de constitucionalidad en la medida en que afecta a los derechos fundamentales, pero también puede representar la implementación de una norma constitucional que ajusta las relaciones legales a la luz de los principios constitucionales y los derechos fundamentales⁷⁹. En lo que respecta a este caso específico, en la doctrina, el razonamiento del Tribunal ha sido criticado por algunos autores, ya que habría extendido la función de parámetro a las disposiciones legislativas de concretización, donde, en cambio, la integración del parámetro debería limitarse a las disposiciones que puntualmente integran el contenido de la constitución misma⁸⁰.

⁷⁶ M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 919 y 920; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende* cit., 594. V. también S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 92.

⁷⁷ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 210.

⁷⁸ *Ivi*, Rn. 185, 204 ss. (213), 219 ss. Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 9.

⁷⁹ Entre otros v. M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999; M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tübingen, 2005, espec. 586 ss. y 633 ss.; C. BUMKE, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, 2009.

⁸⁰ S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 80 ss.; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244. Para el léxico de la concretización, pero menos problemáticos en cuanto a la solución de los jueces M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1144 y 1145; F. LANGE – M. LIPPOLD, *Höchststrichterliche* cit., 690 y 691.

Sin embargo, la fuerza vinculante que los jueces atribuyen al art. 1 de la Ley de protección del clima se explica también a través de la relación entre los objetivos generales de la ley, los Acuerdos de París y las conclusiones científicas. Es así como un tratado internacional sobre el clima adquiere una importancia en el sistema de fuentes superior a la que tradicionalmente le correspondería, al ser incorporado a través de una ley ordinaria (sin hacer referencia al principio de *Völkerrechtsfreundlichkeit*). Además, es importante recordar que poco antes se había formulado una propuesta de revisión constitucional destinada a introducir un principio de protección del clima de conformidad con los tratados internacionales, aunque esta propuesta no fue aprobada⁸¹.

Para justificar el razonamiento de los jueces, sobre todo se ha señalado el alto consenso de la comunidad científica en torno a los datos utilizados por el Tribunal. Los jueces, al referirse también a los informes del IPCC (Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, establecido en las Naciones Unidas) y a los dictámenes del *Sachverständigenrat für Umweltfragen* (Consejo de Expertos en Asuntos Ambientales)⁸², partieron del supuesto de que existe una «vinculación estructural» (*strukturelle Koppelung*) entre el derecho y la ciencia climática⁸³ en esta cuestión. En particular, los datos científicos habrían respaldado tanto la necesidad de interpretar rigurosamente los objetivos de reducción del calentamiento global como la conversión de estos objetivos en finalidades de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y la viabilidad metodológica del *carbon-budget*.

Algunos han llamado a este enfoque «mínimo», ya que el Tribunal basó sus argumentos en algunas conclusiones científicas ampliamente conocidas y relativamente simples y aceptadas por la comunidad científica⁸⁴. En cuanto a la cuestión de la complejidad, volveremos sobre ella más adelante; en cualquier caso, el *Bundesverfassungsgericht* ha demostrado ser consciente de ella a su manera, al insistir en varias ocasiones en el grado de incertidumbre que acompaña a las previsiones del legislador y, en general, de las autoridades públicas, en relación con las acciones a emprender en el ámbito climático⁸⁵.

⁸¹ M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244. Se expresan dudas por parte de CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1074 y 1075; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 84 ss. y 110.

⁸² BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 121, 159 ss., 211 ss.

⁸³ Sobre este aspecto v. en términos de adhesión CH. CALLIENS, *Das "Klimaurteil"* cit., 355 y 356; S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 915; sobre la *strukturelle Koppelung* v. K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2086.

⁸⁴ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 216 ss. Los comentarios y citas son de F.K. GÄRDITZ, *Die Erkenntnisdimension im Klimaschutzbeschluss des BVerfG*, en *Recht und Politik*, 2021, 312 ss. Crítico sobre el uso del criterio del *carbon-budget*, que no carece de su propia intrínseca politización, S. LENZ, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts* cit., 87 ss.; sobre su plausibilidad, v., en cambio, entre muchos, G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 10.

⁸⁵ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 211 ss. Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 8 y 10.

En resumen, se puede compartir la tesis de que la Ley de protección del clima contiene, en sus primeras disposiciones, algunas decisiones fundamentales en materia de regulación ambiental que el legislador asumió de manera ‘consciente’ y a la luz de una ‘urgencia’ científicamente plausible; la naturaleza fundamental de estas decisiones también se ve respaldada por el consenso alcanzado a nivel internacional a través del acuerdo internacional⁸⁶.

La piedra angular del razonamiento del Tribunal fue, una vez más⁸⁷, el principio de proporcionalidad, considerado compatible con las necesidades de gradualidad en la intervención del estado en el tiempo y con la incertidumbre y la volatilidad que caracterizan la relación entre la evolución tecnocientífica y el riesgo concreto al que se expone la población (dicho riesgo, por ejemplo, podría ser mitigado mediante medidas de adaptación que se perfeccionan con el tiempo). En particular, una vez que se centró en el efecto anticipado de interferencia en los derechos de libertad (interpretados de manera indiferenciada), los jueces recurrieron a la doctrina consolidada en materia de derechos de defensa y evaluaron primero la legitimidad del objetivo perseguido por la medida restrictiva y luego su proporcionalidad, remodelándola de manera orientada hacia el resultado efectivo (*ergebnisorientiert*)⁸⁸. De hecho, es en relación con el primer aspecto, la justificación (*Rechtfertigung*) y, por lo tanto, la legitimidad de la medida, donde finalmente entra en juego el art. 20a GG. El objetivo estatal de protección del medio ambiente ciertamente incluye la preservación del clima, que, de hecho, se refuerza de manera proporcional a la irreversibilidad de los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero⁸⁹. Es interesante observar cómo el Tribunal subraya una diferencia entre la obligación de actuar derivada del art. 20a GG y la de las *Schutzpflichten* relacionadas con los art. 2, párrafo 2, y 14 GG: aunque hay superposiciones, las obligaciones no son idénticas en contenido. Por ejemplo, el primero requiere una reducción significativa de las emisiones, mientras que el segundo puede cumplirse en cierta manera a través de medidas de adaptación (edificios ecológicamente compatibles, represas, reforestación, etc.)⁹⁰. En este punto de la argumentación se aprecia plenamente el alcance normativo del art. 20a GG, visto

⁸⁶ CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1075.

⁸⁷ El principio de proporcionalidad ha sido clave en muchos casos importantes, incluso cuando a primera vista no debería haberse aplicado, como en la decisión sobre el PSPP de la BCE (BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5.5.2020). En la vasta literatura v. P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), erw. Aufl., Goldbach, 1999; D. MERTEN, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, en IDEM, H.J. PAPIER (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, III, Heidelberg, 2009, 518 ss.; R. POSCHER, *Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismässigen Ausgleichs*, en IDEM, M. HERDEGEN, J. MASING, K.F. GÄRDITZ (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts* cit., 149 ss.

⁸⁸ J. BERKEMANN, *Freiheitschancencit.*, 714; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2087.

⁸⁹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 190 ss., 197 ss.

⁹⁰ Ivi, Rn. 163, 164. Sul punto v. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1143; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1136 y 1137; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 77.

como una norma de derecho constitucional objetivo: es justiciable y respalda el propósito de la ley en cuestión (la protección del clima) pero no da lugar a derechos individuales que puedan ser reclamables mediante *Beschwerde*⁹¹.

También se percibe un aspecto de intertemporalidad en la ponderación entre los derechos y principios implicados, ya que su peso relativo cambia con el tiempo: a medida que éste pasa, la irreversibilidad del cambio climático y sus consecuencias resultan más evidentes, y la necesidad de proteger el clima prevalece sobre los derechos individuales de libertad⁹². En este sentido, se nota un cambio con respecto a la orientación de décadas pasadas: mientras que antes el recurso a la doctrina de las obligaciones de protección dejaba un amplio margen al legislador en la elección de los medios para perseguir fines ambientales, y el equilibrio entre los derechos de libertad y la protección de la naturaleza dependía de elementos factuales y jurídicos del caso concreto, ahora la combinación de la emergencia climática, los derechos de defensa y la proporcionalidad impone una reconfiguración temporal de los términos de la ponderación. Con el paso del tiempo, el equilibrio ecológico gana peso y la importancia de los derechos de libertad disminuye⁹³. En este contexto, se ha hablado de una «proporcionalidad, [o una] ponderación, intergeneracional»⁹⁴ como un triángulo, cuyos lados están formados por una garantía de libertad en el presente, una seguridad de libertad en el futuro y una distribución equilibrada a lo largo del tiempo.

El recurso al principio de proporcionalidad y la modulación temporal del equilibrio fueron confirmados, exactamente un año después del *Klima-Beschluss*, por la sentencia sobre parques eólicos, en la cual el Tribunal articuló un extenso juicio de proporcionalidad entre el derecho a elegir una profesión (art. 12 GG) por un lado, y el deber de proteger el clima (vinculado tanto al art. 20a GG como a los art. 2, párrafo 2, y 14 GG) por otro lado: una ley de *Mecklenburg-Vorpommern* Occidental había impuesto a los empresarios de energía eólica la creación de una sociedad con sede en el estado, así como la participación en la misma, en una proporción del 20%, de ciudadanos y municipios de la zona donde se construirían las instalaciones (o, en su lugar, la oferta de productos de ahorro o el pago de un impuesto). Tras el juicio de proporcionalidad, la protección del clima prevaleció en general sobre la libertad de empresa: los jueces destacaron cómo las medidas impugnadas habían contribuido a fortalecer el consenso de las comunidades locales, de lo contrario débil, hacia las instalaciones de energía eólica y, en general, hacia la producción de energías renovables⁹⁵.

⁹¹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 112, 120, 205.

⁹² *Ivi*, Rn. 120, 185, 198, 246.

⁹³ Particularmente claros G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 11; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität* cit., 589 y 597 ss.

⁹⁴ *Ivi*, 597 ss.

⁹⁵ BVerfG, 1 BvR 1187/17, del 23.3.2022, Rn. 98 ss., 134 ss., 155.

Las disposiciones del *Klimaschutzgesetz* cayeron en las etapas de la motivación relacionadas con el escrutinio de proporcionalidad. Sin embargo, según algunos autores⁹⁶, el Tribunal no lo habría llevado a cabo de manera coherente: en la modalidad considerada más correcta, el examen se divide en cuatro fases, relacionadas respectivamente con la legitimidad del objetivo, la idoneidad de la medida (*Geeignetheit*), su necesidad (*Erforderlichkeit*) y la proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)⁹⁷. En el caso concreto, la prueba debería haber dado un resultado negativo en la etapa de *Erforderlichkeit*, destinada a verificar si la medida objeto del juicio era la menos invasiva para los derechos involucrados, o si existían alternativas menos perjudiciales para estos y los intereses de la comunidad.

Los jueces reprocharon al legislador por no haber previsto un proceso de reducción más gradual de las emisiones antropogénicas, lo que habría evitado el ‘frenazo total’ que se habría producido en los años inmediatamente posteriores a 2030, con las consiguientes interferencias drásticas en la esfera de protección de los derechos fundamentales⁹⁸. Sin embargo, el Tribunal constitucional no siguió completamente este camino y no utilizó explícitamente el criterio de *Erforderlichkeit*. Por un lado, reformuló un juicio de proporcionalidad en el eje temporal, en relación con el disfrute de oportunidades de libertad y la distribución de cargas que no deben perjudicar unilateralmente a las generaciones futuras⁹⁹. En este sentido, hizo hincapié en el concepto de *grundrechtsschonend*, para indicar soluciones que deben tener adecuadamente en cuenta (todos) los derechos fundamentales involucrados en sus manifestaciones temporales, con la conciencia del agravamiento de la situación de riesgo cuando algunas condiciones se vuelven irreversibles¹⁰⁰. Por otro lado, condujo el escrutinio de proporcionalidad hacia la *Wesentlichkeitstheorie*, es decir, la doctrina, expresión de una demanda democrática, según la cual la parte esencial de una disciplina particular debe ser regulada por la ley parlamentaria. Dentro del ámbito del principio de proporcionalidad, también se mencionó la necesidad de cumplir con la norma constitucional que exige una autorización

⁹⁶ E. HOFMANN, *Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG. Rezeption, Dogmatik, Kritik*, en *NVwZ*, 2021, 1589 y 1590. Para abordar más aspectos críticos en relación con el uso del principio de proporcionalidad v. *supra*, n. 88 e S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 95 ss. Desde una perspectiva diferente, señalan cómo la evaluación de la *Erforderlichkeit* puede conducir a resultados diferentes dependiendo de si se consideran los efectos actuales o futuros de una medida M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität* cit., 598.

⁹⁷ *Supra*, n. 87.

⁹⁸ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 126, 192.

⁹⁹ *Supra*, n. 71.

¹⁰⁰ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 243 ss. Para todos v. C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffsähnlicher* cit., 150 ss. Sobre la ponderación como concordancia práctica (*praktische Konkordanz*), que tiene en cuenta las diferentes posiciones en conflicto (*schonender Ausgleich*) con el objetivo de asegurar su optimización v. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1999²⁰, Rn. 72, 317 ss., y también *supra*, n. 87.

legislativa previa y específica como requisito para la aprobación de un reglamento del Gobierno (art. 80, párrafo 1 GG). En este caso, se trata de definir previamente el contenido, el propósito y el alcance del poder reglamentario que interviene periódicamente en la determinación de la cantidad de emisiones a reducir¹⁰¹. En particular, la Ley de protección del clima de 2019 no habría trazado un camino adecuadamente respetuoso de los derechos fundamentales (*grundrechtsschonend*), un camino lineal, predecible y progresivo que debía conectar el período anterior a 2030 con el posterior: abstractamente, la disciplina de la primera fase habría sido satisfactoria, pero no lo era la de la segunda, debido al efecto desproporcionado de interferencia en los derechos que esta provocaba. Sin embargo, esta evaluación también afecta a la regulación de los años anteriores a 2030: si es necesario introducir una reducción gradual de las emisiones para que el impacto posterior a 2030 sea menos gravoso, también es necesario aumentar el umbral de reducción inicialmente establecido para el período anterior a esa fecha. Esto resulta en una especie de inconstitucionalidad de facto para los años hasta 2030¹⁰².

El Tribunal constitucional se dirige nuevamente al legislador, invitándolo a rediseñar el programa de reducción de emisiones. En particular, sugiere trazar una trayectoria gradual y continua que dé a las entidades públicas y privadas la orientación necesaria, incluso a través de incentivos y estímulos para la acción, de modo que puedan planificar y adoptar comportamientos compatibles con la neutralidad climática¹⁰³. Estas conclusiones han llevado a algunos a argumentar que el significado profundo de la decisión radica, más que en la intertemporalidad de los derechos subjetivos individuales, en el fortalecimiento de la credibilidad del derecho objetivo en una perspectiva a largo plazo, destinada a guiar el comportamiento humano en un escenario difícilmente predecible, expuesto a variables significativas en términos factuales y a decisiones de otros estados sobre las cuales ni el Tribunal ni, en general, el estado alemán pueden ejercer una influencia directa¹⁰⁴.

4. Klima-Beschluss y formas democráticas

Llegamos aquí a la última cuestión relevante, que si bien constituye una reedición del antiguo problema de la relación entre jueces constitucionales y legisladores¹⁰⁵, también establece las bases para una consideración ampliada de los pro-

¹⁰¹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 182 ss., 195, 243 ss. Cfr. CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1076; C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffähnlicher* cit., 152; críticamente S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 98 ss.

¹⁰² BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 247 ss. Para las evaluaciones más recientes cfr. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1144 y 1146.

¹⁰³ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 249 ss.

¹⁰⁴ N. GROSCHE, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit* cit., 123 ss.

¹⁰⁵ Me limito a mencionar algunos textos clásicos, omitiendo el debate de Weimar: A.M. BRICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986² (pri-

cesos democráticos, que incluyen instituciones y prácticas que no se limitan, aunque central, a la representación parlamentaria.

Los autores más escépticos con respecto al *Klima-Beschluss* han reiterado ante el Tribunal constitucional la crítica de que esto habría interferido en los ámbitos de la decisión política, añadiendo algunos argumentos relacionados con la peculiaridad del tema climático: la complejidad del asunto y la inadecuación del tribunal como entidad para regularlo, así como la escasa efectividad de las soluciones propuestas¹⁰⁶.

Se han expresado algunas perplejidades con argumentos conocidos en el ámbito de la justicia constitucional: la expansión excesiva del ámbito de admisibilidad de las demandas, debido a una invocación despreocupada de los derechos fundamentales como el principal vehículo para definir las políticas públicas; la oposición a la *litigation* estratégica, que sería ajena a la tradición jurídica continental y llevaría al abuso de las formas procesales – establecidas para resolver disputas individuales – con el fin de alcanzar objetivos generales y sociales; la falta de adopción del estándar de revisión (más laxo) típico de las obligaciones de protección¹⁰⁷. Otros comentarios críticos se han centrado en algunas especificidades (relativas) del tema climático: se trata de un tema extremadamente complejo en el que entran en juego muchos intereses y derechos potencialmente conflictivos, por un lado, la protección del clima y derechos relacionados, y por otro, el interés en preservar empleos y la competitividad de las empresas, el suministro de energía y el transporte a costos asequibles, etc., en un contexto en el que los conocimientos tecnológicos están en constante cambio. Para equilibrar estas posiciones, en un horizonte en el que se está preparando una transición ecológica difícil, el sujeto institucional más adecuado no sería el juez constitucional, sino el legislador, que es el único que puede reunir en el ámbito representativo una mayoría política. Desde esta perspectiva, se ha instado a los activistas climáticos a movilizarse no para obtener un fallo, sino para lograr una mayoría parlamentaria favorable¹⁰⁸.

mera ed. 1962); C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; recientemente D. GRIMM, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 2021.

¹⁰⁶ Para tener una visión general v. M. PAYANDEH, *The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers*, en W. KAHL – M.P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation* cit., 76 ss.; v. también B.W. WEGENER, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, en *ZUR*, 2019, 1 ss.; en inglés IDEM, *Urgenda – World Rescue by Court Order? The “Climate Justice” – Movement Tests the Limits of Legal Protection*, en *J. European Environmental & Planning Law*, 2019, 125 ss.; y, con especial referencia al *Klima-Beschluss*, IDEM, *Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, en *NJW*, 2022, 425 ss.; G. WAGNER, *Klimaschutz durch Gerichte*, en *NJW*, 2021, 2256 ss.; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 100 ss.; M. HERDEGEN, *Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik*, München, 2023, 200 ss.

¹⁰⁷ Cfr. la n. anterior.

¹⁰⁸ B.W. WEGENER, *Urgenda* cit., 140 ss.; IDEM, *Menschenrecht auf Klimaschutz?* cit., 426, 428 y 429; G. WAGNER, *Klimaschutz durch Gerichte* cit., 2259 y 2260.

Además, se argumenta que la estrategia de lograr objetivos de neutralidad climática a través de la jurisdicción es una forma de idealismo abstracto, entendiendo por esta expresión no una corriente filosófica, sino la actitud mental de aquellos que están desconectados de la realidad y utilizan la retórica de los derechos fundamentales y los derechos humanos para fortalecer la intersección entre el derecho y la moral, también siguiendo sentimientos difundidos de indignación, despreciando el vínculo más concreto (y áspero) entre el derecho y la política¹⁰⁹.

Parcialmente superponible es la tesis de aquellos que, partiendo de la teoría de sistemas y llegando a resultados esencialmente neoliberales, destacan el hecho de una creciente complejidad para concluir que las instituciones estatales, incluido el Tribunal constitucional, no son adecuadas para gestionar fenómenos como el climático. Se reprocha, por lo tanto, al *Bundesverfassungsgericht* haber diseñado esencialmente una planificación, imponiendo al Parlamento (y, por ende, al Gobierno) la regulación de las cantidades y formas de reducción de emisiones antropogénicas en sectores individuales y específicos, a través de lo que se habrían considerado 'limitaciones masivas de los derechos fundamentales'. Al tomar esta decisión, los jueces se habrían basado solo en una parte del conocimiento disponible, el de la comunidad científica oficial, pero habrían ignorado el conocimiento producido por otros grupos sociales, cuya consideración parece indispensable para la gestión práctica de la crisis climática: se trata de las «redes» de desarrolladores de tecnología y empresas, cuya experiencia y coordinación espontánea generan conocimientos y actividades necesarios para llevar a cabo la transición ecológica, que a su vez se caracteriza por una fuerte expansión de la digitalización, una transición que requeriría una planificación estratégica a través de una *governance* público-privada¹¹⁰. Esta posición es coherente con la crítica a los *Abwehrrechte* y las ponderaciones, elaborada desde la misma perspectiva metodológica: los derechos fundamentales no protegen a los individuos, sino esferas de autoorganización social, por lo tanto, sujetos colectivos o transubjetivos; las ponderaciones, al estar construidos sobre un modelo individual, no capturan esta realidad social subyacente y, además, al ser el resultado de decisiones estatales (del legislador o del Tribunal constitucional), aparecen esencialmente como una manifestación de paternalismo¹¹¹. El razonamiento se puede aplicar sin demasiados obstáculos al uso que se hace en el *Klima-Beschluss* del principio de proporcionalidad.

¹⁰⁹ M. HERDEGEN, *Heile Welt* cit., 29 ss., 193 ss. y 260 ss.

¹¹⁰ K.H. LADEUR, *Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung*, en <faz.net> (30.4.2021); IDEM, *Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz: Kann das Verfassungsrecht Komplexität bewältigen?*, en *RuP*, 2022, 13 ss.; IDEM, *Kann das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung auf den Wandel einstellen?*, en *JZ*, 2022, 1137-1138. Sobre la teoría de las redes sociales del autor cfr. I. AUGSBERG (ed.), *Der Staat der Netzwerkgesellschaft. Karl-Heinz Ladeurs Verständnis von Staat und Gesellschaft*, Baden-Baden, 2023.

¹¹¹ Cfr. K.H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, en *Der Staat*, 2011, 493 ss.; sobre la crítica neoliberal de Ladeur a las

Una evaluación negativa de la función de impulso y dirección presente en la decisión, que la asocia con la planificación estatal, también se percibe en aquellos que han resaltado la efectividad deficiente del pronunciamiento y, en términos más generales, de las decisiones unilaterales de países individuales destinadas a limitar el umbral de emisiones. Desde esta perspectiva, se retoma el conocido problema denominado *tragedy of the commons*: el clima es un bien común, indivisible, no rival y no exclusivo, que da lugar al llamado dilema del prisionero, según el cual, si un sujeto se impone límites de manera autónoma con el objetivo de perseguir el interés colectivo (por ejemplo, limitando la explotación de la naturaleza), sus acciones serán compensadas en sentido contrario por las de otro sujeto (el *free rider*), que no acepta esos límites y busca maximizar su propio interés, impidiendo así la consecución del bien común.

En el caso ambiental, esto significa que la decisión de un país virtuoso, como Alemania, de reducir significativamente las emisiones, no puede evitar que otros países que contaminan en mayor proporción (en orden decreciente: China, Estados Unidos, India, Rusia) continúen haciéndolo, a menos que estos países se ajusten a los estándares internacionales. El resultado incluso podría ser contraproducente: las restricciones tendrían repercusiones negativas en la competitividad de las empresas alemanas y en los consumidores alemanes¹¹².

Aunque estas consideraciones llaman la atención sobre algunos puntos sensibles y aunque pueden parecer estar en línea con la perspectiva más desencantada que, en los últimos años, una parte de la doctrina alemana ha adoptado hacia el Tribunal constitucional¹¹³, no parece que en este caso se pueda encontrar un activismo judicial que haya comprimido indebidamente los márgenes de acción del legislador. Si queremos utilizar el léxico de la ‘creatividad’, esto podría asociarse más bien a la parte de la decisión que redefine la cuestión climática y las posiciones subjetivas involucradas, como se ha visto, representando una innovación, pero no al resultado final, en la medida en que el *Bundesverfassungsgericht* ha vuelto a llamar al Parlamento, pidiéndole que articule de manera más precisa algunos objetivos. Estoy de acuerdo, por lo tanto, con aquellos que han sostenido que el *Klima-Beschluss* se puede leer como una pieza de un proceso democrático en un espacio público ampliado, como un estímulo e incentivo, incluso para el legislador, a desarrollar un discurso articulado en torno a cuestiones climáticas¹¹⁴. La centralidad que ocupa la *Wesentlichkeitstheorie* en la parte final de la justificación, en línea con una corriente

ponderaciones cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 162 ss.

¹¹² G. WAGNER, *Klimaschutz* cit., 2256 ss.; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 104 ss.

¹¹³ Cfr. M. JESTAEDT – O. LEPSIUS – CH. MÖLLERS – CH. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011.

¹¹⁴ Cfr. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1146; C. FRANZIUS, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, REU Research Paper, 10, 2021, 18.

jurisprudencial importante que ha valorado la actividad del Parlamento¹¹⁵, refuerza esta interpretación. También son significativos los pasajes en los que el Tribunal ha intentado justificar la fuerza reforzada pasiva de las normas de propósito del *Klimaschutzgesetz*: por un lado, como se ha visto, se ha relacionado con las obligaciones internacionales y el alto consenso de la comunidad científica sobre la relación entre el calentamiento global y las emisiones de gases de efecto invernadero, así como la necesidad de reducirlas; por otro lado, se ha admitido la posibilidad de que el legislador pueda modificar esas normas y objetivos en el futuro. Sin embargo, esta modificación se considera posible solo a través de una ley que tenga claramente este propósito, de modo que el proceso parlamentario, con sus garantías de publicidad y transparencia, ofrezca a la oposición y al público en general la posibilidad de controlar un cambio en la dirección política y de participar en un debate sobre un asunto de gran relevancia¹¹⁶. Los jueces también han reconocido, haciendo referencia a la sentencia de 2014 sobre los métodos y procedimientos a seguir para determinar el umbral de existencia mínima¹¹⁷, la importancia del compromiso político que se forma (también) en el Parlamento¹¹⁸, en la medida en que la crisis climática plantea cuestiones no solo morales sino también políticas, comenzando por la distribución en el tiempo de costos y riesgos¹¹⁹. La función de dirección del legislador, en lo que respecta a la planificación de la transición ecológica, es realmente inevitable, y las tesis que la identifican con una planificación estatal opresiva no parecen convincentes, dado que el mismo Tribunal constitucional ha reconocido que el estado tiene principalmente una función impulsora, ya que no puede llevar a cabo por sí solo todos los procesos sociales y tecnológicos, ni realizar todas las infraestructuras necesarias para la transición¹²⁰.

También las objeciones planteadas contra el uso instrumental de la litigación estratégica pueden ser parcialmente atenuadas: si en algunas circunstancias parecen relevantes¹²¹, aquí es necesario tener en cuenta algunas peculiaridades de la emergencia climática. En particular, es relevante la asimetría entre la legitimi-

¹¹⁵ V. para todos F. MEINEL, *Vertrauensfrage. Die Krise des heutigen Parlamentarismus*, München, 2019, 93 ss.

¹¹⁶ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 213. Cfr. en ese punto G. BRITZ, *Klimaschutz in der Rechtsprechung* cit., 9 y 10; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 81.

¹¹⁷ BVerfG, 1 BvL 10 12/12, del 23.7.2014, Rn. 77, 83 (*Existenzsichernder Regelbedarf*).

¹¹⁸ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 241. V. también CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1078.

¹¹⁹ CH. MÖLLERS, *Freiheitsgrade*, Berlin, 2020, 141, 142 y 266.

¹²⁰ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 248. Cfr. en el punto K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2091.

¹²¹ Cfr., en cuanto a las demandas de derechos que involucran la cuestión de la gestación subrogada, S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regola juris*, en A. Simone, I. BOIANO (bajo el cuidado), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, interpretazione, argomentazione*, Roma, 2018, 42 ss. y 54 ss. También se debe considerar que no todos los intereses son igualmente susceptibles de generalizarse y organizarse; en este caso, la *litigation*

dad a corto plazo de los ciclos electorales y la satisfacción de necesidades inmediatas, por un lado, y las responsabilidades a largo plazo relacionadas con las decisiones en materia ambiental y climática, por otro, aunque la categoría de intertemporalidad tiende a acercar estos dos polos. El diferente peso de la variable temporal en las posiciones legales en juego puede justificar una intervención correctiva del juez (incluso constitucional) que, gracias a su estatus de independencia, mira a horizontes temporales más lejanos, siempre y cuando proceda en las formas y con la lógica del razonamiento jurídico¹²². La estructural asimetría entre los tiempos electorales y los efectos del cambio climático también contribuye a explicar por qué el Gobierno en funciones en el momento de la adopción del *Klima-Beschluss* saludó la decisión de manera muy positiva, a pesar de haber sido el promotor de la ley censurada. Los órganos políticos percibieron que la adopción de medidas demasiado drásticas de reducción de emisiones, y por lo tanto, la restricción de las libertades individuales, probablemente tendría efectos negativos en el ámbito electoral. La ley fue entonces enmendada con notable rapidez: concretamente, la autorización para adoptar regulaciones gubernamentales se reformuló de manera más precisa, el objetivo mínimo de reducción de emisiones hasta 2030 se elevó del 55% al 65%, el objetivo hasta 2040 se fijó en el 88%, mientras que el objetivo de neutralidad climática se adelantó a 2045. También se establecieron objetivos adicionales, de carácter anual y sectorial¹²³.

El *Klima-Beschluss*, por lo tanto, encontró un fuerte apoyo por parte del poder político de inmediato (las elecciones federales se celebrarían en pocos meses) y su efectividad en Alemania fue alta. Sin embargo, esta efectividad comenzó a disminuir debido a otros factores contextuales no previstos en el momento del fallo, relacionados principalmente con el estallido de la guerra en Ucrania y el aumento de los costos de la energía, factores que también llevaron al Gobierno federal a reajustar los objetivos climáticos después de la creación de una comisión

estratégica puede llevar a resultados desequilibrados a favor de los sujetos colectivos que se organizan en vista del (y en el) proceso.

¹²² Cfr., entre otros, C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 152 ss.; IDEM, *Die Rolle* cit., 25 ss.; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1334 ss. Para una defensa de la *litigation* estratégica en el ámbito climático v. A. GRASER, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind*, en *ZUR*, 2019, 271 ss.; en general, sobre *litigation* y movimientos sociales, cfr. A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, 120 ss. Sobre el pensamiento político a corto y largo plazo cfr. también CH. MÖLLERS, *Freiheitsgrade* cit., 152-155.

¹²³ M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1146; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1340; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 103 y 104. Cfr. §§ 3 ss. KSG, y sus anexos correspondientes, en la nueva versión de la ley; para obtener indicaciones más precisas sobre el contenido de la enmienda, cfr. W. FRENZ, *Das novellierte Klimaschutzgesetz*, en *Natur und Recht (NuR)*, 2021, 583 ss.; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2090.

de coalición¹²⁴. El incumplimiento de algunos objetivos sectoriales de mitigación previstos en la ley modificada también fue el origen de nuevos juicios destinados a destacar la inercia del Gobierno¹²⁵.

Sin embargo, las variables contextuales no disminuyen la importancia del *Klima-Beschluss*, tanto en el ordenamiento jurídico alemán como a nivel transnacional. Sobre todo, al operar en un plano fáctico, estas variables no despojan de significado los argumentos de carácter normativo relacionados con la búsqueda por parte del estado de la protección del clima y, por lo tanto, la reducción de las emisiones antropogénicas, lo que también implica un empeño de la República Federal de Alemania en la comunidad internacional para obtener consenso en torno a este objetivo¹²⁶. Este perfil ha sido enfatizado enérgicamente en la sentencia sobre parques eólicos, donde el Tribunal recordó que el deterioro del clima se debe al efecto acumulativo de pequeñas cantidades de emisiones, que en su conjunto se vuelven determinantes. Además, afirmó que el empeño de los estados individuales no debe ser visto de manera aislada, sino a través del significado que adquiere en la comunidad internacional: en particular, las políticas públicas que buscan de manera efectiva tanto la contención de las emisiones de fuentes fósiles como el crecimiento del suministro de fuentes renovables, aumentan la confiabilidad y credibilidad de un país en la comunidad internacional. Por lo tanto, se consolida la imagen de Alemania, un verdadero *Selbstverständnis*, como un modelo inspirador para otros estados¹²⁷.

Otro aspecto a considerar es el que la decisión del *Bundesverfassungsgericht* parece ser en general equilibrada, se refiere a la cuestión de una posible interpretación expansiva de la *Freiheitssicherung* intertemporal: si la garantía de las libertades tiene una proyección temporal hacia el futuro, esta puede manifestarse no solo en el ámbito climático, sino también en otros sectores, como el de la seguridad social y el endeudamiento. En este sentido, me parece que las interpretaciones más cautelosas, que subrayan la especificidad del problema climático y las dificultades para su plena asimilación a otras situaciones, son compatibles,

¹²⁴ Sobre la protección ambiental y climática en el acuerdo original de coalición entre el SPD, Verdes y FDP, v. W. FRENZ, *Klimaschutz i.e.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag: Ökostromausbau und früherer Kohleausstieg*, en *NuR*, 2022, 87 ss.; IDEM, *Klimaschutz i.w.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag*, en *NuR*, 2022, 1163 ss.; sobre el resultado de la comisión de coalición y las nuevas propuestas de modificación del KSG v. J.L. WIEDMANN, *Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit*, en <verfassungsblog.de> (30.3.2023).

¹²⁵ Cfr. PH. SCHÖNBERGER, *Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz*, en <verfassungsblog.de> (26.1.2023).

¹²⁶ Cfr. BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 199 ss. En ese punto, para todos: M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1444; G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 8.

¹²⁷ BVerfG, 1 BvR 1187/17, del 23.3.2022 (*Windenergie-Beteiligungsgesellschaften*), Rn. 121 ss., 147.

más allá de las pocas voces claramente favorables¹²⁸. Estas precauciones, destinadas precisamente a evitar el efecto de una ‘caja de Pandora’ en otros sectores, se basan en el reconocimiento de la importancia que adquiere en este ámbito (y no en otros) una norma de propósito como el art. 20a GG. Esta norma establece que el estado tiene como objetivo preservar las ‘bases naturales de la vida’, donde la finitud de los recursos naturales y la irreversibilidad de algunos procesos relacionados con el cambio climático no se encuentran en otras situaciones y ámbitos materiales distintos¹²⁹.

En cuanto al endeudamiento, además, la garantía intertemporal de las libertades jugaría en ambas direcciones: por un lado, la preservación del ejercicio de ciertas libertades a lo largo del tiempo justifica un límite a la deuda, y por otro lado, las inversiones sustanciales en la transición ecológica impulsan un aumento de la deuda misma¹³⁰.

Una mirada a contraluz del *Klima-Beschluss*, finalmente, resalta cómo el problema de su impacto en el tejido democrático no se agota en la consideración de las relaciones entre el Tribunal y el legislador. La asimetría entre la corta duración del ciclo electoral y la duración medio-larga de los cambios climáticos presenta implicaciones significativas: en el futuro, muchos sujetos serán destinatarios de los efectos de decisiones políticas tomadas hoy, sin haber podido influir en su contenido o habiendo podido influir solo en parte. Para abordar este problema, así como ante el horizonte a corto plazo que caracteriza típicamente la labor del legislador, se ha propuesto la creación de consejos ambientales o sociales que complementen las instituciones tradicionales de la democracia representativa.

Las propuestas varían según el órgano que las propone: el *Sachverständigenrat für Umweltfragen* ha propuesto la creación de un Consejo para la justicia intergeneracional (*Rat für Generationengerechtigkeit*), compuesto por expertos del ámbito científico, pero también por representantes de la política, la economía y la sociedad civil, a nombrar de acuerdo con reglas similares a las de la elección de jueces constitucionales, es decir, sobre la base de un amplio consenso parlamentario. Este consejo debería representar los intereses de las generaciones jóvenes y futuras en el proceso legislativo y tendría poderes consultivos en asuntos ambientales, así como un veto suspensivo sobre las leyes que tengan un potencial impacto en el clima¹³¹.

¹²⁸ M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale* cit., 918 y 921; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 245. Más ampliamente G. KIRCHHOF, *Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung*, Tübingen, 2022.

¹²⁹ S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 917; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2089; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1340; C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 147; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1077.

¹³⁰ K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2089.

¹³¹ Sachverständigenrat für Umweltfragen, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik*, Sondergutachten Juni 2019, par. 5.3.4. Entre otros, cfr. tam-

Por otro lado, una propuesta más común entre los movimientos es la de establecer un consejo de ciudadanos o un consejo social (*Bürger* – o *Gesellschafts-rat*), cuyos miembros serían seleccionados al azar, asegurando, sin embargo, a partir de unidades deliberativas relativamente pequeñas, una participación plural e inclusiva de los ciudadanos. Según algunos, las decisiones de este consejo deberían vincular al Parlamento; en cualquier caso, tendrían la capacidad de influir en la agenda y en el proceso político.

En la doctrina se ha destacado cómo instituciones deliberativas de este tipo pueden complementar de manera positiva a los órganos representativos en cuestiones que no se resuelven en un corto plazo, atenuando en parte las ‘presiones presentistas’ características de la representación política. Dado que se trata de cuestiones que afectan directamente a la calidad de vida de una comunidad territorial, la participación de esta última, a través de algunos de sus miembros, parece apropiada¹³².

La creación de *Bürgerrate* (consejos de ciudadanos) sobre temas específicos está prevista, además, en el Acuerdo de Coalición firmado por los partidos actualmente en el gobierno (SPD, FDP y Verdes), con la obligación del *Bundestag* de pronunciarse sobre lo deliberado por los consejos¹³³. Junto a estos órganos, se ha sugerido la introducción a nivel federal de institutos de democracia directa y su fortalecimiento a nivel de los *Länder* y los municipios¹³⁴.

En los últimos años, se ha vuelto cada vez más evidente que la emergencia climática no concierne solo a las generaciones futuras (incluso entendiendo esto en un sentido estratificado que incluye a los más jóvenes), sino también a las generaciones presentes, ya que los riesgos (y algunos daños) climáticos son claramente perceptibles en la actualidad¹³⁵. El *Klima-Beschluss* refleja esta percepción, ya que coloca en el centro de su argumentación la intertemporalidad de los derechos, reconociendo que los efectos del cambio climático afectan a un futuro no solo lejano, sino también ‘cercano’¹³⁶. Las consecuencias de este enfoque son sig-

bién, CH. CALLIÉS, *Rechtsstaat* cit., 515 ss.

¹³² Cfr. A. KARAMEHMEDOVIC, *Alles auf Los*, en <verfassungsblog.de> (9.3.2023); CH. LANDFRIED, *Bürgerräte als Potential für die Handlungs- und Lernfähigkeit von Demokratien*, ivi (17.12.2021). En términos más generales, en relación con las instituciones deliberativas en las cuales se discuten los intereses de las generaciones futuras v. K.H. WHITESIDE, *Future Generations and the Limits of Representation*, en D. CASTIGLIONE – J. POLLAK (eds.), *Creating Political Presence: The New Politics of Democratic Representation*, Chicago, 2018, 204 ss. (216).

¹³³ *Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 8.

¹³⁴ Para una combinación de ambos enfoques v. CH. LANDFRIED, *Warum Bürgerräte eine gute Idee sind*, en *faz.net* (25.4.2023); para la introducción de instituciones de democracia directa v. G. LÜBBE-WOLFF, *Demophobie. Muss man direkte Demokratie fürchten?*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2023.

¹³⁵ A. PISANÒ, *Il diritto al clima* cit., 84.

¹³⁶ G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 13.

nificativas: se reflejan en el ámbito procesal, ya que se refuerza el interés de los demandantes para actuar, y en el ámbito del mérito judicial, debido a la importancia que adquiere el efecto anticipado de la interferencia y la modulación temporal de la ponderación. Pero también se aprecian en el ámbito político-representativo, ya que la emergencia climática acorta el período en el que se producen los efectos de las decisiones (o la falta de ellas) de los órganos políticos, lo que vuelve a atraer los temas climáticos hacia la esfera de la democracia parlamentaria, que se le pide que busque mediaciones efectivas.

Para concluir el panorama, es necesario mencionar el papel cada vez más influyente de los movimientos ecologistas, que ante la emergencia climática están adoptando prácticas de democracia radical¹³⁷. El tema es amplio y merecería un análisis más detenido en otro lugar. Aquí me limito a recordar que incluso en Alemania, los jóvenes activistas están llevando a cabo formas de protesta que se sitúan en los límites de la persecución penal (ocupaciones de minas de carbón, bloqueos de carreteras, derrames de pintura lavable en obras de arte¹³⁸). Esto ha resultado en la apertura de algunos procedimientos penales por delitos como violencia privada, vandalismo, resistencia a la autoridad y, más recientemente, asociación delictiva.

Esto ha contribuido a volver a poner de actualidad el tema de la desobediencia civil: frente a quienes consideran completamente inapropiado el uso de esta categoría¹³⁹, hay quienes enmarcan las protestas a la luz de una reflexión más anti-

¹³⁷ Desde un punto de vista teórico, cfr. O. FLÜGEL-MARTINSEN, *Radikale Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg, 2020; IDEM, D. COMTESSE – F. MARTINSEN – M. NONHOFF (eds.), *Radikale Demokratie-theorie. Ein Handbuch*, Berlin, 2019; sobre el potencial performativo de las reuniones colectivas y otras formas de ejercicio de la libertad de reunión, vistas como actos políticos, v. J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, ed. orig. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly* (2015), Cles (Tn), 2019. Estas prácticas a menudo van acompañadas de análisis radicales sobre las responsabilidades del sistema capitalista en la explotación del medio ambiente y el clima: cfr. L. BROWNHILL, S. ENGEL-DI MAURO, T. GIACOMINI – A. ISLA – M. LÖWY – T.E. TURNER (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, ebook, 2022; A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, en *DPCE online*, Sp-2/2023, 275 ss.

¹³⁸ Una de estas acciones implicó el vertido de un líquido oscuro lavable (el color se elige de manera que haga parecer la sustancia como petróleo) sobre el monumento 'Grundgesetz-49', del artista israelí Dani Karavan, cerca del *Bundestag*. La escultura está compuesta por paneles de vidrio en los que se reproducen los artículos del 1 al 19 GG. Durante la manifestación, los activistas colocaron carteles con las inscripciones '¿Petróleo o derechos fundamentales?' y 'En el infierno climático no hay dignidad, libertad ni derecho a la vida'. Para una defensa de la legitimidad de esta acción, incluso desde un punto de vista jurídico, v. L. WIELENGA, *Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes*, en <verfassungsblog.de> (8.3.2023).

¹³⁹ K.F. GÄRDITZ, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie*, en <verfassungsblog.de> (30.5.2023); IDEM, *Organisierte "Klimakleber" als kriminelle Vereinigung?*, ivi (25.5.2023).

gua sobre el tema (alimentada en la década de 1980 por las luchas contra la ubicación de misiles en suelo alemán y contra la energía nuclear¹⁴⁰).

Se ha hecho referencia a los elementos característicos de la desobediencia civil: formas públicas y no violentas de acción, motivación inspirada en profundas convicciones morales y/o políticas, carácter simbólico de la protesta, objetivo de desencadenar un cambio en las leyes o en la dirección política existente, apelación al sentido de justicia de la comunidad política, respeto, más allá de la desobediencia individual y puntual, al orden constitucional en su conjunto, incluido el aceptar las consecuencias legales de su propia conducta.

En la esfera institucional, muchos han enmarcado estos comportamientos en el ámbito represivo, mediante la definición desde arriba de algunas prácticas no solo como penalmente prohibidas, sino incluso como terroristas, la interpretación amplia de tipos penales, la exclusión de las formas de protesta del ámbito de aplicación de la libertad de reunión.

Desde una perspectiva diferente, sin embargo, aunque no se excluye la anti-juridicidad de algunos hechos, ya que quienes emprenden acciones de desobediencia civil asumen la responsabilidad de ello, se tiende a negar que sean evaluables como delitos comunes y se consideran algunos elementos (como la falta de gravedad y la motivación de la conducta) para atenuar o eliminar la sanción, si no la misma imputación.

En esta óptica, se trata de prácticas conflictivas que tienen como objetivo llamar la atención de una opinión pública distraída sobre una emergencia climática muy seria, que pone en peligro la supervivencia del planeta. Son prácticas de democracia radical que buscan volver a equilibrar una desigualdad difícil de discutir, tanto por razones de edad como por poder negociador, en las posibilidades de influir en los procesos de toma de decisiones políticas y en los mecanismos del principio de mayoría. En este sentido, coincido con quienes sostienen que estas prácticas ponen a prueba la madurez de una cultura política¹⁴¹.

¹⁴⁰ Entre ellas, especialmente J. HABERMAS, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, en P. GLOTZ (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1983, 29 ss.; J. RAWLS, *Una teoría* cit., 347 ss.

¹⁴¹ En el debate reciente v. L. EIDAM, *Klimaschutz und ziviler Ungehorsam*, en *JZ*, 2023, 224 ss.; S. AKBARIAN, *Gesetz ist Gestez?*, en <verfassungsblog.de> (2.6.2023); K. HÖFFLER, “Ziviler Ungehorsam” – *Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, *ivi* (25.5.2023); EADEM, “Klima-RAF” *herbeireden*, *ivi* (17.11.2022), así como otros contributos en <verfassungsblog.de>, en la sección *Kleben und Hafteln: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*. Las referencias a J. HABERMAS, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat* cit., son explícitas. Cfr. también S. ALEXANDER – P. BURDON, *Extinction Rebellion. Crisis, Inaction, and the Question of Civil Disobedience as Ecosocialist Strategy*, en L. BROWNHILL – S. ENGEL-DI MAURO – T. GIACOMINI – A. ISLA – M. LÖWY – T.E. TURNER (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism* cit., 525 ss.

5. Una pequeña conclusión

A partir de lo que se ha expuesto hasta ahora, debería ser posible comprender por qué el *Klima-Beschluss* se considera una de las decisiones más importantes del Tribunal constitucional alemán en las últimas décadas. La innovación más significativa, que ha desencadenado un debate doctrinal denso y complejo, se ha producido en el plano dogmático, con la elaboración de las figuras del ‘efecto anticipado similar al de la interferencia’ y de la ‘garantía intertemporal de los derechos de libertad’. En los párrafos anteriores, se explicó cómo este movimiento implicó un cambio en el parámetro constitucional, pasando de las obligaciones de protección (*Schutzpflichten*) a los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), y cómo esta elección probablemente se puede atribuir a la voluntad de no introducir cambios demasiado marcados en la doctrina de las obligaciones de protección y en los estándares de juicio relacionados, asegurando cierta continuidad en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, también se puede notar que la elección de centrar la argumentación en los derechos de defensa ha otorgado a estos últimos (y, según algunos, especialmente a las libertades económicas¹⁴²) un renovado énfasis. También en esta luz, la tesis de que la decisión impuso una planificación parece exagerada: desde este punto de vista, los jueces más bien han valorado la dimensión tradicional de los derechos fundamentales, la más vinculada al pensamiento liberal. Por otro lado, se han reducido las obligaciones de protección, con la correspondiente intervención positiva del estado, y el derecho a un mínimo existencial ecológico, que garantiza las condiciones materiales y naturales consideradas indispensables para una vida digna en una red de relaciones.

A la luz de lo que acaba de decirse, no parece del todo apropiado el énfasis formulado recientemente por una joven y brillante filósofa, que sin embargo apreció las conclusiones innovadoras del *Klima-Beschluss*, según la cual el concepto de libertad adoptado por el Tribunal no podría haber sido otro que el clásico liberal, basado en el sujeto individual, que reclama la libertad primordial de movimiento y se inspira en un modelo de propiedad, una perspectiva que corresponde a la dimensión defensiva del *Abwehrrecht*¹⁴³. Como se ha visto, a las obligaciones de protección y al mínimo existencial ecológico subyacen concepciones de los derechos que prestan atención tanto a la efectividad de su ejercicio en un contexto material, natural y relacional determinado, como al papel del estado. Son dimensiones de los derechos que se sintonizan con lo que la misma autora define como una ‘temporalización de la libertad’ (*Verzeitlichung der Freiheit*). Se trata de

¹⁴² *Supra*, n. 61.

¹⁴³ En su obra, E. VON REDECKER, *Bleibefreiheit*, Frankfurt a.M., 2023, 13 y 14, discute el vínculo entre la libertad de movimiento y los derechos de defensa. Este vínculo, que se puede rastrear hasta el pensamiento de Hobbes y que von Redecker resalta acertadamente, también se destaca en la obra de R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003, 16 ss.

una imagen de la libertad que incluye la disponibilidad de tiempo para cuidar las relaciones con otros seres humanos y con la naturaleza, la capacidad de dar sentido al nacimiento y a la muerte como momentos significativos en la vida de cada uno y la búsqueda de una plenitud existencial, de acuerdo con una cierta idea, moralmente no demasiado densa, de la vida buena¹⁴⁴.

Desde una perspectiva comparativa, será interesante verificar si y cómo el *Klima-Beschluss* será retomado en los argumentos de los tribunales de otros países, además de en las demandas iniciales en casos de litigio climático¹⁴⁵. Es más probable que en posibles fallos favorables se encuentren referencias generales a la decisión o menciones a la proyección intertemporal de derechos o principios. Es menos probable, a pesar de la adecuada traducción a tres idiomas, que los tribunales extranjeros adopten todo el razonamiento del Tribunal, fuertemente condicionado por las sólidas categorías de la dogmática alemana¹⁴⁶. Además, el hecho de que los jueces alemanes se hayan centrado en los derechos de defensa en lugar de las obligaciones de protección o el derecho a un mínimo existencial ecológico revela un camino diferente al de otras jurisdicciones que también han condenado al estado por incumplimiento de las obligaciones climáticas, como la holandesa en el caso *Urgenda*. En este sentido, será necesario observar, en caso de que los tribunales extranjeros utilicen la categoría de la intertemporalidad, si esta se extenderá a las obligaciones de protección y/o al derecho a un mínimo existencial ecológico, que en otros lugares (en algunos países del Sur Global pero no solo) se corresponde con el derecho a un clima estable y seguro. Este último se ha entendido como el derecho ‘a un clima no determinado por actividades antropogénicas’, un derecho de última generación¹⁴⁷ que tiene una matriz similar a la del

¹⁴⁴ E. VON REDECKER, *Bleibefreiheit* cit., *passim*.

¹⁴⁵ Un ejemplo se encuentra en la demanda del caso italiano, *A Sud et al. c. Stato italiano*, presentada ante el Tribunal civil de Roma en 2021 y que se puede encontrar en el sitio <giudiziouniversale.eu>.

¹⁴⁶ Sobre las cuestiones relacionadas con el uso del precedente extranjero v. al menos G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019; T. GROPPi – M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford 2013.

¹⁴⁷ O incluso un «derecho a no sufrir daños ambientales, económicos, sociales causados por el cambio climático provocado por actividades climáticamente alteradoras antropogénicas». Este derecho de quinta generación compartiría con el derecho al medio ambiente (de tercera generación) su carácter instrumental, en el sentido de que está destinado a la protección y fortalecimiento de otros derechos, pero no algunos elementos espaciales y temporales que dependen de las peculiaridades de la emergencia climática. Cfr. sobre este punto A. PISANÒ, *Il diritto al clima* cit., 95 ss. (cursiva en el original). En cuanto a la jurisprudencia relacionada con el derecho a un clima estable (o formulaciones similares), también v. S. BAGNI, *The Enforcement* cit., 409 ss. Aquí es evidente la diversidad de enfoques en el discurso sobre los derechos, entre el enfoque alemán centrado en las dimensiones y el enfoque italiano centrado en las generaciones. Para más información sobre esto v. si se quiere A. DI MARTINO, *La doppia dimensione* cit., 1 y 2.

derecho a la protección del equilibrio ecológico¹⁴⁸.

Luego se debe considerar otro aspecto relacionado con la ponderación: según algunos autores, dado que la emergencia climática representa una «amenaza existencial», el derecho a un clima estable y seguro se opone completamente a la ponderación¹⁴⁹. Sin embargo, el Tribunal constitucional alemán está lejos de otorgar un primado incondicional a la protección del clima; más bien, son los críticos del *Klima-Beschluss* quienes argumentan, con connotaciones negativas, que el Tribunal habría otorgado a la neutralidad climática, en contraste con la doctrina y la jurisprudencia consolidadas, un carácter absoluto¹⁵⁰. Más bien, como se ha visto, el *Bundesverfassungsgericht* recurre ampliamente al principio de proporcionalidad, reformulándolo en un sentido intertemporal: con el paso del tiempo, el principio de protección del clima tiende a prevalecer sobre los derechos de libertad. Este enfoque se ha confirmado en la sentencia sobre parques eólicos, que continuó valorando las técnicas de ponderación y la exclusión de soluciones unilaterales, al mismo tiempo que otorgaba una consideración especial a la protección del clima.

El *Klima-Beschluss*, como se ha intentado mostrar, no es importante solo desde el punto de vista dogmático y argumentativo: ha sido citado con frecuencia por activistas alemanes en el espacio público y, no es casualidad que la decisión también lleve el nombre de una recurrente y joven activista, *Luisa-Marie Neubauer*. Esta invocación tiene como objetivo legitimar las acciones de los jóvenes activistas a través de los principios constitucionales establecidos en el fallo, aunque por sí sola no es suficiente para ello, e inevitablemente deja estas acciones en un estado de suspensión entre legalidad y legitimidad, como se evidencia en la interpretación de los episodios de desobediencia civil. Para preservar el equilibrio climático y garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales, es ciertamente importante la cooperación promovida por el propio Tribunal entre los órganos constitucionales, en particular entre el *Bundesverfassungsgericht*, el Parlamento y el Gobierno. Es cierto, como destacan acertadamente los jueces a través de la *Wesentlichkeitstheorie* y las precisiones sobre la reserva de ley, que la democracia representativa es indispensable, ya que a la ley parlamentaria y, por lo tanto, al compromiso político, le corresponde una función central en la dirección de la transición ecológica. Pero abordar de manera responsable la emergen-

¹⁴⁸ M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, en *Dig. Disc. Pubbl., Agg.* VII, Milano, 516.

¹⁴⁹ Ivi, 516 ss.; IDEM, *Diritto umano al clima e innaturalità del bilanciamento in situazione di "minaccia esistenziale"*, en <diritticomparati.it> (18.4.2023).

¹⁵⁰ M. HERDEGEN, *Heile Welt* cit., 201 y 202, en su obra, recuerda cómo inicialmente el ordenamiento jurídico alemán atribuía valor absoluto solo a la dignidad. Sin embargo, desarrollos posteriores han destacado la posibilidad de balancearla. Para obtener una visión más completa de esta evolución, v. IDEM, *Art. 1 Abs. 1*, en T. MAUNZ – G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, 27 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, en IDEM, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 267 ss.

cia climática también requiere un cambio de mentalidad que cuestiona la forma de relacionarse con las categorías fundamentales del tiempo y el espacio. Además de la creación de consejos sociales y la ampliación de los procedimientos deliberativos, que amplían las oportunidades de participación de los ciudadanos, este cambio de perspectiva puede al menos ser propuesto por prácticas democráticas radicales: protestas de alto valor simbólico que ponen en tensión la relación entre conflicto y consenso en una democracia pluralista. Con esto no se pretende adoptar una visión unilateral de la realidad, sino enmarcar la crisis climática en un contexto mucho más amplio de las crisis, tanto capitalistas como no, que atraviesan nuestro tiempo, con la convicción de que un análisis complejo antecede a soluciones profundas y, en un horizonte temporal no inmediato, aceptables para los ciudadanos.