

# LA PROPORCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN ANTICIPADA DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DEL 24 DE MARZO DE 2021 SOBRE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DEL CLIMA

JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

*Investigador García Pelayo*

*Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

*TRC*, n.º 49, 2022, pp. 387-407  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Descripción de la controversia. II. Análisis de los argumentos del Tribunal.  
III. Conclusiones.

## I. DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA

En su sentencia del 24 de marzo de 2021, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante «el Tribunal») dictaminó que la Ley Federal de Protección del Clima del 12 de diciembre de 2019 (en adelante «LFPC» o «la Ley») era parcialmente inconstitucional debido a que algunas de sus disposiciones (específicamente el § 3(1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase en conjunto con el Anexo 2) creaban, en el futuro, amenazas desproporcionadas para las libertades ampliamente protegidas por la Ley Fundamental de Bonn (en adelante «LFB»)¹. El Tribunal concluyó que las cantidades de emisiones de gases de efecto invernadero permitidas en la LFPC hasta el año 2030 y la falta de

1 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima (BverfG (2021): Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 — 1 BvR 265/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20 y 1 BvR 78/20 — Rn. (1-270)), número marginal 266.

regulación de las cantidades de emisiones a partir de dicha fecha hasta el logro de la meta estatal de neutralidad de emisiones en el año 2050 producían una afectación anticipada en los derechos fundamentales de las generaciones futuras que no era compatible con la LFB<sup>2</sup>.

En su sentencia, el Tribunal acumuló cuatro recursos de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>3</sup> incoados entre 2018 y 2020 por una asociación de particulares residentes en Alemania, un grupo de particulares residentes en Bangladesh y Nepal, un grupo de menores de edad residentes en Alemania y un grupo de residentes en las islas alemanas o en lugares cercanos a la costa alemana<sup>4</sup>. Los recurrentes sostenían que el Estado alemán habría omitido establecer disposiciones y medidas legales adecuadas para hacer frente al cambio climático y para la pronta reducción de los gases de efecto invernadero. Asimismo, los recurrentes cuestionaban las cantidades de emisiones permitidas por la Ley Federal de Protección del Clima, ya que las mismas no permitirían cumplir con el presupuesto nacional de CO<sub>2</sub> restante, el cual equivaldría al límite de incremento de la temperatura global de 1,5° C. Las consecuencias climáticas de dichas acciones afectarían de manera concreta a los recurrentes en forma de inundaciones, lluvias torrenciales, olas de calor o de frío, etc.; lo cual se traduce en la afectación de sus derechos fundamentales a la vida e integridad física, a la libertad de profesión, a la propiedad y herencia. También afectaría a su derecho fundamental a tener un futuro acorde con la dignidad humana, derivado del art. 1(1) en conexión con el art. 20a de la LFB, y al derecho a contar con un mínimo vital ecológico. Los recurrentes también afirmaban que el legislador de la LFPC habría violado el principio de esencialidad o reserva de ley contemplado en el art. 20(3) de la LFB, debido a que el articulado de la LFPC solo establecía la cuota de reducción hasta el año 2030, dejando en manos del Gobierno Federal la determinación de metas de reducción a partir del año 2030 mediante una norma reglamentaria que se adoptaría en el año 2025<sup>5</sup>.

Por su parte, el Parlamento alemán sostuvo que la alegada falta de regulación concreta caía dentro de su margen de discrecionalidad para el cumplimiento de

2 Números marginales 182 y ss de la decisión.

3 Amparos constitucionales 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20 y 1 BvR 78/20.

4 Para una exposición sistemática del caso ver ORTLIEB, B., «Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 zur Verfassungsmässigkeit des Bundes-Klimaschutzgesetzes — Az: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20 y 1 BvR 78/20», *Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V.* n.º 4, 2021, pp. 150-163. Para un análisis en español de las implicancias políticas a nivel internacional de la sentencia ver GELINSKY, K., «¿El Tribunal Constitucional Federal como creador de tendencias internacionales?», *KAS — Monitor Sostenibilidad* n.º 4, 2021, pp. 1-9. Para una exposición de aspectos constitucionales y de derecho internacional en materia de protección medioambiental, así como sobre las implicancias de la sentencia para la protección del medio ambiente en el derecho europeo ver PALOMBINO, G., SÁNCHEZ, J., «La protección del medio ambiente en Europa ante la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.º 36, 2021 [consulta: 03 de febrero de 2022]. Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE36/articulos/09\\_PALOMBINO\\_BARRILAO.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE36/articulos/09_PALOMBINO_BARRILAO.htm).

5 Números marginales 38 y ss de la decisión.

sus obligaciones de protección medioambiental<sup>6</sup>. Asimismo, afirmó que el ajuste del presupuesto residual de CO<sub>2</sub> no era obligatorio, sino que era el producto de una valoración debatida, negociada y decidida en el marco del proceso democrático; no siendo posible deducir tal obligatoriedad a partir de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. En lo concerniente a las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado, el Parlamento alegó que, sin perjuicio de las obligaciones internacionales asumidas, los órganos estatales contaban con un amplio margen de discrecionalidad en la valoración y estructuración de sus políticas medioambientales en el plano nacional. Por su parte, el Gobierno Federal afirmó que el presupuesto residual de CO<sub>2</sub> calculado por los recurrentes a partir del año 2020 no era vinculante para el Estado alemán<sup>8</sup>. Asimismo, sostuvo que el derecho fundamental a un futuro acorde con la dignidad humana y a un mínimo vital ecológico eran cuestiones ajenas al derecho constitucional alemán<sup>9</sup>.

La Ley Federal de Protección del Clima, de 12 de diciembre de 2019, tiene como finalidad brindar protección contra los efectos del cambio climático y cumplir con los objetivos nacionales y europeos derivados del Acuerdo de París (limitar el aumento de la temperatura media global por debajo de los 2°C y, preferiblemente, a 1.5°C, teniendo como referencia niveles preindustriales)<sup>10</sup>, así como cumplir con el compromiso de la República Federal de Alemania de lograr la neutralidad en emisiones de gases de efecto invernadero para el año 2050<sup>11</sup>. Según el § 3(1) de la LFPC, las emisiones de gases de efecto invernadero deberán ser reducidas gradualmente, siendo dicha reducción equivalente a por lo menos un 55% de las emisiones liberadas a la atmósfera en el año 1990. De otra parte, el § 4(1) tercera frase de la LFPC, en concordancia con el Anexo 2 de dicha Ley, regula en detalle las cantidades de emisiones anuales permitidas a los diferentes sectores de la economía alemana (energía, industria, construcción, transporte, agricultura, residuos y otros) hasta el año 2030.

El Tribunal, luego de delimitar el objeto de la controversia, identifica como potenciales afectados a los recurrentes residentes en Alemania, Bangladesh y Nepal; centrando su análisis en posibles violaciones al derecho a la vida e indemnidad física del art. 2(2) de la LFB, al derecho a la propiedad y herencia del

6 Número marginal 48 de la decisión.

7 Número marginal 67 de la decisión.

8 Número marginal 69 de la decisión.

9 Número marginal 70 de la decisión.

10 Art. 2 (1) (a) del Acuerdo de París: «El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello: Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático».

11 Números marginales 2 y ss de la decisión.

art. 14(1) de la LFB, así como sobre el posible incumplimiento por parte del legislador del deber de protección climática derivado del art. 20a de la LFB<sup>12</sup>. El Tribunal basó esta delimitación de bienes constitucionales potencialmente afectados en que las alegadas afectaciones a derechos fundamentales, causadas por la contaminación ambiental y el cambio climático, podían estar dentro del alcance de los deberes estatales de protección de derechos fundamentales y del medio ambiente<sup>13</sup>.

Paralelamente, el Tribunal desestimó las alegaciones planteadas por los recurrentes en relación con la vulneración de la libertad de profesión del art. 12(1) de la LFB, el principio de esencialidad o reserva de ley del art. 20(3) de la LFB y el supuesto derecho a un «mínimo vital ecológico» (deducido del art. 2 párrafo 1 en conexión con el art. 20a y del art. 2(1) y con el art. 1(1) frase 1 de la LFB). Esto se debió a que el Tribunal no consideró que la violación del deber de protección vaya más allá de la protección de la propiedad material<sup>14</sup>; a que en la LFPC no se confiere una facultad legislativa al Gobierno Federal, sino una meramente reglamentaria<sup>15</sup>; y a que si bien la existencia de un mínimo vital ecológico es plausible, la obligación de mantener estándares ecológicos mínimos puede derivarse a partir de otros derechos fundamentales reconocidos en la LFB<sup>16</sup>.

En lo que respecta a los derechos fundamentales y al deber de protección climática identificados como objeto de la controversia, el Tribunal determinó en la Sección C de su sentencia que las actuaciones del legislador de la LFPC cumplían con el deber de protección derivado de los derechos a la vida y a la integridad física —art. 2(2) primera frase de la LFB—, así como con el derecho a la propiedad y herencia del art. 14(1) de la LFB<sup>17</sup>, ya que las medidas previstas en la LFPC estaban dentro del margen de apreciación, valoración y configuración que asiste al legislador<sup>18</sup>. A juicio del Tribunal, las medidas adoptadas fueron idóneas y legítimas, pues se ajustaban a los objetivos estatales de reducción y estaban dentro del margen de discrecionalidad para la determinación de medios y fines del legislador: «Corresponde al legislador decidir cómo se deben abordar los riesgos, el diseño de la estrategia de protección y la implementación normativa de dicha estrategia. El legislador conserva, en principio, un margen de apreciación, valoración y configuración»<sup>19</sup>. En su sentencia, el Tribunal afirmó, además, que «si el legislador no abandona el objetivo establecido en el § 1 tercera frase de la LFPC, con el que se pretende lograr la meta de neutralidad climática en un futuro previsible para cumplir con el objetivo de París, y si continúa avanzando por la ruta de reducción

12 Números marginales 96 y ss de la decisión.

13 Números marginales 99 y 100 de la decisión.

14 Número marginal 100 de la decisión.

15 Número marginal 111 de la decisión.

16 Números marginales 113 y ss de la decisión. Ver también infra II. 1.

17 Números marginales 143 y ss, 171 y ss.

18 Números marginales 152 y ss, 172 de la decisión.

19 Número marginal 152 de la decisión, [trad. *alt*].

establecida en el § 3(1) y § 4(1) tercera frase de la LFPC, en conjunto con el Anexo 2, mediante el establecimiento de cuotas anuales de reducción de emisiones cada vez mayores, entonces, desde la perspectiva actual, no sería impensable que se pueda lograr una protección adecuada de la salud compatible con la Constitución recurriendo al menos a medidas de adaptación complementarias»<sup>20</sup>.

De otro lado, el Tribunal también descartó que las actuaciones del legislador de la LFPC hayan podido afectar los intereses de los recurrentes residentes en Bangladesh y Nepal. El Tribunal sostuvo que si bien el art. 1(3) de la LFB no restringía explícitamente al territorio alemán el efecto vinculante que tienen los derechos fundamentales para los poderes del Estado alemán, el deber de protección de los derechos fundamentales para con los residentes en Bangladesh y Nepal no era el mismo que existe para con los residentes en Alemania<sup>21</sup>. Esto se debía a que el Estado alemán no podría implementar en dichos países medidas de protección de derechos fundamentales y de control debido a los límites que tiene la soberanía alemana bajo el derecho internacional.

El análisis del Tribunal se enfocó antes bien en corroborar si las actuaciones del legislador de la LFPC eran compatibles con el deber de protección medioambiental derivado del art. 20a de la LFB. El Tribunal concluyó en la parte resolutive de la sentencia que el legislador, al no haber adoptado las medidas de precaución suficientes para satisfacer su deber de protección del medioambiente, había generado una grave afectación anticipada de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* (es decir, a la totalidad de los derechos fundamentales de libertad contemplados en la LFB y el derecho a la libertad general de acción del art. 2(1) de la LFB)<sup>22</sup>. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal recurrió a su doctrina sobre el derecho a la libertad, a las obligaciones de protección medioambiental a cargo del Estado en virtud del art. 20a de la LFB y al análisis de proporcionalidad.

## II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

### 1. Una oportunidad perdida: el derecho a un mínimo vital ecológico

Parece una oportunidad perdida el hecho que el Tribunal haya renunciado analizar en profundidad la alegada afectación de un derecho a un mínimo vital

20 Número marginal 167 de la decisión, [*trad. alt.*].

21 Números marginales 175 y s de la decisión.

22 La construcción *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental (die durch das Grundgesetz umfassend geschützte Freiheit)* (número marginal 183 de la decisión) es uno de los argumentos centrales de la sentencia ya que el Tribunal declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley no solamente en virtud a una afectación anticipada al deber de protección derivado del derecho fundamental a la libertad general de acción del art. 2(1) LF, sino que también por una violación anticipada al deber de protección derivado de todos los derechos de libertad específicamente protegidos en la LFB. Véanse los argumentos del Tribunal en la números marginales 182, 183 y 184 de la decisión.

ecológico derivado de la dignidad humana<sup>23</sup>. Los demandantes afirmaban que a partir del principio de dignidad humana contemplado en el art. 1 (1) de la LFB y del deber de protección del art. 20a de la LFB era posible concluir que las acciones u omisiones estatales no deberían destruir la base para el desarrollo autónomo y el mantenimiento de las condiciones necesarias para la existencia digna de las generaciones futuras. Asimismo, sostenían que, teniendo en cuenta los daños ya existentes y las amenazas propias del calentamiento global, se debería imponer al Estado el deber de garantizar las condiciones existenciales necesarias en las que la cualidad de sujetos de derecho de los demandantes pueda desarrollarse a futuro. Para lograr tal fin, las emisiones permitidas tendrían que mantenerse, desde ahora, tan bajas como sea posible, evitando así una afectación desproporcionada del derecho a un mínimo vital ecológico en la actualidad y en el futuro. La meta nacional para la protección del clima regulada en el § 3(1) frase 1 y el § 4(1) de la LFPC en conexión con sus Anexos 1 y 2 no cumpliría con el deber de garantizar el nivel de protección mínimo exigido por tal derecho<sup>24</sup>.

Ciertamente, llama la atención que el Tribunal haya renunciado a valorar el contenido y la posible afectación al derecho a un mínimo vital ecológico, sobre todo si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia del Tribunal existe un notable antecedente referido al análisis y reconocimiento del derecho a un mínimo vital social acorde con la dignidad humana<sup>25</sup>. En su famosa sentencia sobre el programa de ayuda social Hartz IV, de 9 de febrero de 2010, el Tribunal Constitucional Federal alemán abordó ampliamente la cuestión de la existencia de un derecho fundamental al aseguramiento de un mínimo vital. Este se deduciría del principio de dignidad humana reconocido en el art. 1 (1) en conexión con la obligación derivada del principio de Estado social contenido en el art. 20(1) de la LFB. Asimismo, analizó la cuestión de si dicho mínimo vital social debía asegurar los prerequisites materiales indispensables para una existencia física con un mínimo de participación en la vida social, cultural y política a cada persona que lo necesite<sup>26</sup>. El Tribunal concluyó que el derecho a un mínimo vital social era, en efecto, expresión de la dignidad humana y del principio Estado social, que

23 Número marginal 115 de la decisión.

24 Número marginal 40 de la decisión.

25 BverfGE 125, 175 (Arbeitslossegeld II o Hartz IV). En este caso el Tribunal Constitucional Federal alemán atendió la consulta planteada por tribunales inferiores sobre la constitucionalidad del Programa Social Hartz IV del Gobierno Federal. El Tribunal concluyó que los montos dinerarios entregados a los beneficiarios del Programa Hartz IV (personas mayores de 15 años y antes de la edad de jubilación, que no hayan conseguido empleo por un largo período, en situación de necesidad y que cuenten con nacionalidad alemana o con residencia en Alemania) no eran acordes con lo que denominó el «mínimo vital social» derivado de la dignidad humana y del principio Estado social. El Tribunal determinó que las fórmulas empleadas por el legislador para actualizar el cálculo de los beneficios del Programa Hartz IV no tomaba racionalmente en cuenta el costo de vida de las personas que se encontraban en grave estado de necesidad. El Tribunal ordenó al legislador emitir nuevas regulaciones en este aspecto antes del 31 de diciembre de 2010.

26 BverfGE 125, 175 (223).

imponen al legislador la tarea de asegurar a toda persona un mínimo vital, teniendo éste a su disposición un margen de discrecionalidad para la valoración y determinación del monto del mismo<sup>27</sup>.

Cabe pensar que de haberse planteado la controversia sobre la Ley Federal de Protección Climática en términos de una violación a un derecho a un mínimo vital ecológico, siguiendo la jurisprudencia y argumentos del propio Tribunal en el caso Hartz IV<sup>28</sup>, probablemente se hubiese podido delinear un límite vinculante para las acciones del Estado y de terceros en materia medioambiental, dotando a la vez al legislador de un margen de discrecionalidad para la configuración de su política medioambiental. Con ello se hubiese garantizado un estándar mínimo de protección ante toda posible violación que pudiese impedir el cumplimiento de la finalidad establecida en el Acuerdo de París, es decir, mantener el calentamiento global muy por debajo de los 2° C, preferiblemente en 1.5° C respecto a niveles preindustriales.

Si bien, por un lado, la sentencia sobre la LFPC hace referencia a que la supervivencia física con un mínimo de participación en la vida social, cultural y política<sup>29</sup> (bienes constitucionales mencionados también en la sentencia Hartz IV)<sup>30</sup> no depende solo de garantías económicas, en caso de que estas actividades enfrentasen el contexto de un cambio climático hostil para la vida humana; por otro lado, se afirma que las obligaciones de mantener estándares ecológicos mínimos esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales pueden ser deducidas a partir de otros derechos fundamentales<sup>31</sup>. Es decir, el Tribunal reconoce, por un lado, la necesidad de criterios adicionales a los meramente económicos para garantizar la libertad en el contexto del cambio climático, pero, por otro lado, renuncia a determinar esos criterios adicionales, entre ellos el mínimo vital ecológico, para, en lugar de ello, sostener que es posible estructurar tal garantía en base a otros derechos fundamentales ya reconocidos en la LFB. El Tribunal limita además la posibilidad de existencia de un estándar mínimo ecológico a circunstancias que pongan en peligro real la vida, la integridad física y la propiedad<sup>32</sup>. Si bien tal concepción restrictiva del mínimo vital ecológico es plausible, el Tribunal no profundizó su análisis en este extremo, dándose por satisfecho al corroborar que el legislador alemán había ratificado e implementado el Acuerdo de París y, por ende, había permanecido activo en su tarea de regular las cantidades de

27 BverfGE 125, 175 (221 y ss).

28 Christian Callies también considera que el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó pasar la oportunidad de abordar la cuestión del mínimo vital ecológico (optando por el criterio de la prohibición de la acción insuficiente) y desarrollar una doctrina sobre la prohibición absoluta mínima derivada de un mínimo existencial ecológico. Ver CALLIESS, C., «Das “Klimaurteil” des Bundesverfassungsgerichts: “Versubjektivierung” des Art. 20a GG?», *Zeitschrift für Umweltrecht* n.º 6, 2021, pp. 355-357, 357.

29 Número marginal 114 de la decisión.

30 BverfGE 125, 175 (135).

31 Número marginal 114 de la decisión.

32 Número marginal 114 de la decisión.

emisiones de gases de efecto invernadero<sup>33</sup>. Aunque también cabe resaltar que la idea de un mínimo vital ecológico es problemática, en el sentido de que en base a ella se podría permitir que el legislador adopte una política medioambiental minimalista, justificando graves restricciones u omisiones recurriendo al argumento de que está salvaguardando, al menos, niveles existenciales mínimos<sup>34</sup>.

## 2. Dogmática iusfundamental empleada

Una vez descartadas consideraciones sobre la afectación de otros bienes constitucionales, el Tribunal considera *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental (die durch das Grundgesetz umfassend geschützte Freiheit)* de los recurrentes como potencialmente afectada por la Ley Federal de Protección del Clima. Esta libertad estaría conformada por dos elementos: las libertades específicamente protegidas en la LFB (*spezielle Freiheitsgrundrechte*) y el derecho a la libertad general de acción (*Allgemeine Handlungsfreiheit*) garantizado por el art. 2(1) de la LFB<sup>35</sup>. En otras palabras, el Tribunal analizó si las disposiciones establecidas por el legislador de la LFPC restringían de una forma constitucionalmente aceptable a *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*, es decir, a las libertades previstas específicamente en el catálogo de la LFB y a todas aquellas posibles manifestaciones del desarrollo de la personalidad protegidas por el derecho fundamental a la libertad general de acción del art. 2(1) de la LFB.

Si bien es cierto que, según el propio Tribunal, el art. 20a de la LFB no contiene derecho subjetivo alguno<sup>36</sup>, la obligación de protección medioambiental que dicho artículo impone al Estado alemán sí tiene como punto de referencia el ejercicio de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*. En efecto, un incumplimiento total o parcial del deber de protección medioambiental podría poner en peligro todo tipo de ejercicio actual y/o futuro de dicha libertad fundamental. Por esta razón, el

33 Número marginal 115 de la decisión.

34 Sobre el problema conceptual de los argumentos basados en «niveles mínimos esenciales» y su tendencia a justificar ganancias máximas a costa de metas mínimas ver YOUNG, K., «The Minimum Core of Economic Social Rights: A Concept in Search of Content», *Yale International Law Journal* n.º 33, 2008, pp. 113-175, 113 y ss.

35 Números marginales 117 y 183 de la decisión.

36 Número marginal 112 de la decisión. En la jurisprudencia del Tribunal ver también BverfG, Auto de la Sección Primera de la Sala Primera de 10 de mayo de 2001 — 1 BvR 481/01, número marginal 18; Auto de la Sección Primera de la Sala Primera de 5 de septiembre de 2001 — 1 BvR 481/01, número marginal 24; Auto de la Sección Tercera de la Sala Primera de 10 de noviembre de 2009 — 1 BvR 1178/07, número marginal 32. Así también lo considera la doctrina alemana, ver EPINEY, A., «Art. 20a», v. MANGOLDT, H., KLEIN, F., STARCK, C. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Vol. II, 7ma. ed., München: C.H. Beck, 2018, números marginales 37 y ss; GÄRDITZ, K., «Art. 20a GG», LANDMANN, R. V., ROHMER, G. (eds.), *Umweltrecht. UmweltR*: 93, München: C. H. Beck, 2020, número marginal 24; SCHULZE-FIELITZ, H., «GG Art. 20a», DREIER, H. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II, 3ra. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, números marginales 24 y 82; STEINBERG, R., «Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 1985-1994, 1992.



Tribunal adoptó una perspectiva de análisis basada en el art. 20a de la LFB (la protección de los fundamentos naturales de la vida y los animales teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras), pero que a la vez estaba intrínsecamente relacionada con el ejercicio actual y futuro de la libertad fundamental<sup>37</sup>.

a) *La concepción amplia del derecho a la libertad general de acción: la construcción Elfes*

Parte constitutiva de aquella *libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*, junto con las libertades protegidas por derechos fundamentales específicos, es el derecho a la libertad general de acción. La jurisprudencia del Tribunal sobre este derecho se basa en una concepción amplia o abarcadora del mismo, concepción establecida en el famoso «caso Elfes» del año 1957<sup>38</sup>. Esta doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, conocida en la academia alemana como la «construcción Elfes»<sup>39</sup>, plantea que el ámbito de protección del derecho a la libertad general de acción del art. 2(1) de la LFB abarca toda forma en la que la personalidad pueda desarrollarse, incluso aquellas formas de desarrollo de la personalidad que no estén explícitamente contempladas por la LFB. Ciertamente, la «construcción Elfes» del Tribunal no ha sido ajena a críticas. El juez Dieter Grimm, en su voto particular a la famosa sentencia *Reiten im Walde*<sup>40</sup> (en la que el Tribunal ratificaba su concepción

37 Para un análisis de los derechos fundamentales como derechos de defensa en el contexto del derecho medioambiental y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ver KAHL, W., «Klimaschutz und Grundrechte», *JURA-Juristische Ausbildung* n.º 43, 2021, pp. 117-129.

38 BVerfGE 6, 32. En 1957 el Tribunal Constitucional Federal alemán atendió el amparo constitucional interpuesto por Wilhelm Elfes, político alemán de la CDU y encendido crítico del Gobierno Federal alemán, a quien en 1953 la Oficina de Pasaportes de la ciudad de Mönchen-Gladbach le había denegado la renovación de su pasaporte sin mayor justificación que la remisión al § 7(1) literal a) de la Ley de Pasaportes del 4 de marzo de 1952 que establecía que «El pasaporte se denegará si los hechos justifican la presunción de que el solicitante del pasaporte, como titular de un pasaporte, pone en peligro la seguridad interior o exterior u otros intereses importantes de la República Federal de Alemania o de uno de los *Länder* alemanes». En su decisión el Tribunal concluyó que la libertad de salir del país no caía dentro del ámbito de protección (*Schutzbereich*) del derecho a la libertad de circulación del art. 11 de la LFB (como argumentaba el recurrente Elfes), sino que estaba protegida por el derecho a la libertad general de acción del art. 2(1) LF, al ser una manifestación del libre desarrollo de la libertad (*freien Entfaltung der Persönlichkeit*) que caía dentro del ámbito de protección de este derecho. A pesar de esto, el Tribunal desestimó el amparo del recurrente confirmando la constitucionalidad de lo decidido por la Oficina de Pasaportes de la ciudad de Mönchen-Gladbach ya que dicha decisión era conforme con la Ley de Pasaportes, misma que formaba parte del llamado «orden (jurídico) conforme a la Constitución» (*verfassungsmäßige Ordnung*).

39 Sobre la «construcción Elfes» y la concepción del derecho a la libertad general de acción del art. 2(1) de la Ley Fundamental alemana ver, entre otros, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Madrid: CEPC, 2007, pp. 299 y ss; SCHOLTZ, R., «Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Schluß)», *AöR* n.º 100, 1975, pp. 265-290; KUBE, H., «Die Elfes-Konstruktion», *JuS*, 2003, pp. 111-118.

40 BVerfGE 80, 137 (164 y ss). Contrario a la opinión de los jueces en mayoría, el juez Grimm sostuvo que cabalgar dentro de los bosques, fuera de los senderos previstos para ello, no era una manifestación de la personalidad susceptible de ser protegida por el derecho a la libertad general de acción del art. 2(1) de la LFB, dado que dicho derecho no protege la libertad de los individuos a hacer o no hacer lo que deseen, sino más bien acciones o conductas relevantes para el libre desarrollo de la personalidad.

amplia del derecho a la libertad general de acción), contrapuso a la concepción amplia del Tribunal una concepción restringida o estrecha del derecho a la libertad general de acción, entendiendo como protegidas por el art. 2(1) de la LFB únicamente aquellas manifestaciones de la libertad personal que fuesen «relevantes para el libre desarrollo de la personalidad»<sup>41</sup>. Ahora bien, la sentencia del «caso Elfes» es también relevante en el derecho constitucional alemán porque en ella el Tribunal estableció la noción de «orden (jurídico) conforme a la Constitución» (*verfassungsmäßige Ordnung*), entendido como el conjunto de normas jurídicas, a todo nivel jerárquico, que son conformes con la Constitución por su forma de creación (aspecto formal) y por su contenido coherente con el contenido de la Constitución (aspecto material)<sup>42</sup>. Dicho «orden (jurídico) conforme a la Constitución» funcionaba en el «caso Elfes» como un marco en el que el derecho a la libertad general de acción podía desarrollarse, excluyendo la posibilidad de que una norma emitida por un órgano estatal pueda limitarla a no ser que dicha norma sea conforme a la constitución por su forma y por su contenido material.

En el caso de la LFPC, el Tribunal basa su análisis en el deber de protección derivado del art. 20a de la LFB y tiene como referencia a la noción de *libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*. El Tribunal lo enuncia claramente cuando afirma que «cualquier ejercicio de la libertad de este tipo está sujeto a los límites que el legislador establezca para la protección climática en virtud del art. 20a LF, así como de los derechos de protección de los derechos fundamentales»<sup>43</sup>. En ese sentido el legislador está sometido a una doble obligación: por un lado, dar cuenta del deber de protección del medioambiente conforme al art. 20a de la LFB y, por otro, atender el deber de protección derivado de los derechos fundamentales. Esta doble obligación puesta en el contexto del cambio climático, que va acentuándose cada vez más debido a las cantidades de gases de efecto invernadero, obliga al legislador a realizar una ponderación entre su deber de satisfacción del mandato de proteger el medioambiente conforme el art. 20a de la LFB y su deber de satisfacción del mandato de protección derivado de los derechos fundamentales. De ahí la necesidad de distribuir a lo largo del tiempo y generaciones las restricciones a las emisiones de forma que no se imponga una carga desproporcionada a las generaciones futuras en favor de permitir cargas de emisiones generosas o laxas a las generaciones actuales. Esto se debe a que es previsible que las restricciones a *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* se incrementen con el paso del tiempo, lo cual podría alcanzar incluso un nivel en que graves restricciones a dicha libertad sean constitucionalmente justificables. El Tribunal sintetiza esta idea cuando afirma que «un rápido agotamiento del presupuesto de CO<sub>2</sub> hasta el año 2030 agrava el riesgo de una grave pérdida de libertad, ya que tal situación haría más corto el lapso de tiempo

41 BverfGE 80, 137 (169).

42 BverfGE 6, 32 (41 y s).

43 Número marginal 185 de la decisión, [trad. *alt*].

disponible para llevar a cabo los desarrollos tecnológicos y sociales que son necesarios para permitir que el estilo de vida actual, todavía fuertemente orientado hacia el consumo de CO<sub>2</sub>, logre una transición a un comportamiento climáticamente neutro, transición que al mismo tiempo sea respetuosa con las libertades»<sup>44</sup>.

Dado que las disposiciones específicas de la LFPC que regulan la cantidad de emisiones de CO<sub>2</sub> permitidas hasta el año 2030 (el § 3(1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase en conjunto con el Anexo 2) justifican el consumo y agotamiento de una parte considerable del presupuesto de CO<sub>2</sub> restante, ellas determinan materialmente cuánto tiempo queda para realizar las transformaciones tecnológicas y sociales necesarias para garantizar el ejercicio de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* y, al mismo tiempo, cumplir con el mandato de protección medioambiental del art. 20a de la LFB. Este efecto restrictivo que despliegan las regulaciones de la LFPC puestas en una perspectiva de tiempo equivale, en palabras del Tribunal, a un efecto de afectación anticipado que incide en las posibilidades de protección de la libertad para después del año 2030<sup>45</sup>. Ciertamente, determinar la existencia de este efecto anticipado no es suficiente como para considerar que las regulaciones de la LFPC son incompatibles con la LFB. El Tribunal debe además determinar si las medidas adoptadas no representan una afectación desproporcionada en el deber de protección derivado de los derechos fundamentales (de amplia libertad) y si el legislador ha cumplido con su deber de protección medioambiental al establecer las cantidades de emisión de gases de efecto invernadero repartiéndolas a lo largo del tiempo para lograr el objetivo de neutralidad de emisiones en el año 2050.

De manera consecuente con su «construcción Elfes», el Tribunal procedió a corroborar si la injerencia del § 3(1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase en conjunto con el Anexo 2 de la LFPC en los derechos fundamentales comprendidos en la noción de *libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* era conforme con los preceptos elementales y principios constitucionales generales de la LFB, es decir, si eran compatibles con el orden (jurídico) constitucional formal y materialmente<sup>46</sup>. En consecuencia, el Tribunal somete a un análisis de constitucionalidad a las disposiciones de la LFPC en base a su compatibilidad con el art. 20a de la LFB y a si superan el análisis de proporcionalidad<sup>47</sup>.

b) *La compatibilidad de las medidas legislativas con el deber de protección del art. 20a de la LFB*

La problemática de la sentencia gira en torno a la cuestión de si el § 3(1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase en conjunto con el Anexo 2 de la LFPC

44 Número marginal 186 de la decisión, [trad. alt].

45 Número marginal 187 de la decisión.

46 Números marginales 189 y s de la decisión.

47 Números marginales 190 y s de la decisión.

cumplen de manera suficiente con el deber de protección derivado del art. 20a de la LFB, es decir, con proteger, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación, teniendo en cuenta su responsabilidad para con las generaciones futuras<sup>48</sup>. El Tribunal se limitó a evaluar si el legislador de la LFPC cumplió con el deber de prever una distribución y reducción progresiva de los gases de efecto invernadero respetuosa con los derechos fundamentales, tanto en la actualidad como hasta alcanzar la meta de la neutralidad de emisiones en el año 2050<sup>49</sup>. El mandato de protección del art. 20a en concordancia con los compromisos adoptados por Alemania en virtud del Acuerdo de París, implican que el volumen de emisiones de CO<sub>2</sub> sea repartido a lo largo del tiempo de manera que sea posible mantener el calentamiento global en índices muy por debajo a 2°C y, preferiblemente, a 1.5°C, con respecto a niveles preindustriales. Ciertamente, este marco confiere al legislador un margen de discrecionalidad sobre cómo distribuir los volúmenes permitidos de CO<sub>2</sub> a lo largo del tiempo y en función de los sectores económicos involucrados. La pregunta sería entonces: ¿el legislador de la LFPC ha realizado una distribución adecuada y necesaria de dichos volúmenes ponderando justificadamente las restricciones a *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* de los actuales y futuros afectados por dicha distribución?

Cabe resaltar que, visto detenidamente, el mandato de protección del art. 20a es un arma de doble filo. Ello debido a que con el paso del tiempo dicho mandato de protección medioambiental justificará restricciones cada vez más severas a aquellos ejercicios de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* que impliquen la generación de gases de efecto invernadero<sup>50</sup>. Los efectos del paso del tiempo se basan en la paradoja de pretender garantizar una libertad sin límites temporales en un mundo de recursos limitados en el tiempo<sup>51</sup>. En palabras del propio Tribunal: «el peso relativo otorgado a cualquier ejercicio de libertad que no sea climáticamente neutro disminuirá en el ejercicio de ponderación a medida que se intensifica el cambio climático»<sup>52</sup>. Con ello, lógicamente, el peso relativo del deber de protección medioambiental (que implica la reducción de gases de

48 Sobre la dogmática en torno al art. 20a de la LFB ver, entre otros, CALLIES, C., *Rechtsstaat und Umweltschutz. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, pp. 104 y ss; EPINEY, A., «Art. 20a», *cit.*, números marginales 1-128; GÄRDITZ, K., «Art. 20a GG», *cit.*, números marginales 8-26, 67-97 y especialmente 146; SCHULZE-FIELITZ, H., «GG Art. 20a», *cit.*, números marginales 1-90. Para un estudio pionero que coloca a un Estado constitucional ecológico protector del medioambiente de las generaciones futuras como alternativa al Estado tecnocrático y al Estado de la prevención ver STEINBERG, R., *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

49 Números marginales 192 y ss de la decisión.

50 Número marginal 120 de la decisión.

51 El Tribunal también da cuenta de esta paradoja cuando afirma que «[c]omo garantías de libertad sin límites temporales, los derechos fundamentales brindan protección a los recurrentes contra un traslado unilateral hacia el futuro de la carga de reducción de gases de efecto invernadero impuesta por el art. 20a LF». Número marginal 183 de la decisión, [trad. alt].

52 Número marginal 120 de la decisión, [trad. alt].

efecto invernadero) se incrementará con el paso del tiempo y justificará constitucionalmente restricciones cada vez más severas a todo tipo de derecho de libertad, sean estos específicos o generales. Hacia el final de la sentencia se verá que para el Tribunal los efectos del paso del tiempo en el cumplimiento del deber de protección medioambiental del art. 20a de la LFB son decisivos para declarar inconstitucional, en parte, la Ley Federal de Protección del Clima.

Para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones de la LFPC, el Tribunal distingue entre dos espacios temporales: el efecto de las medidas que regulan la emisión de CO<sub>2</sub> desde la actualidad hasta el año 2030 (año hasta donde el §3 (1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase de la LFPC en conjunto con el Anexo 2 regulan los volúmenes de emisión de CO<sub>2</sub> por sectores económicos) y el efecto de dichas medidas a partir del año 2031 hasta el logro de la meta nacional de neutralidad de emisiones en el año 2050 (período de tiempo en el que la LFPC establece que los volúmenes de emisión serán regulados por una norma reglamentaria del Gobierno Federal alemán a ser adoptada el año 2025). El Tribunal valoró los efectos en dos tiempos de las medidas regulatorias, valorando en cada uno de ellos el cumplimiento del deber de protección medioambiental del art. 20a de la LFB que tiene el Estado.

En lo que respecta al lapso de tiempo comprendido entre la actualidad y el año 2030, el Tribunal sostuvo que tales disposiciones jurídicas serían inconstitucionales si permitiesen el consumo de una cantidad tan elevada del presupuesto restante de CO<sub>2</sub> que hiciesen impracticable el ejercicio de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*, así como si impidiesen contar con un margen de tiempo suficiente como para que desarrollos sociales y tecnológicos orientados a mitigar los niveles de emisión de gases de efecto invernadero puedan darse. Aquí el Tribunal recurre al argumento de la incertidumbre científica respecto del volumen real del presupuesto de CO<sub>2</sub> restante, volumen determinado por el *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) de las Naciones Unidas<sup>53</sup>. El Tribunal destaca que los cálculos de la IPCC, si bien realizados en base a cifras y métodos verificables, contienen incertidumbres significativas sobre el volumen de los presupuestos restantes a nivel global y nacional (incertidumbres destacadas por el propio IPCC), lo cual impide jurídicamente extraer una conclusión exacta sobre dicho presupuesto<sup>54</sup>. Esta incertidumbre hace que el Tribunal no pueda determinar si las medidas cuestionadas producen pérdidas de libertad inadmisibles constitucionalmente. Tal circunstancia abre un margen de discrecionalidad en favor del legislador de la LFPC<sup>55</sup> para que, dentro de márgenes constitucionales,

53 Números marginales 194 y 236 de la decisión.

54 Números marginales 220 y s de la decisión.

55 La incertidumbre de tipo epistémica justifica dotar al legislador de discrecionalidad o margen de acción estructural que supone márgenes para la fijación de fines, para la elección de medios y para realizar una ponderación a nivel legislativo de los bienes constitucionales en juego. Ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 520 y ss.

determine las cantidades de emisiones de CO<sub>2</sub> que considere adecuadas para el cumplimiento de las metas de reducción asumidas en el art. 2 (1) (a) del Acuerdo de París, así como también corresponde al legislador la posibilidad de establecer, de ser necesarias, medidas correctivas adicionales con el fin de aminorar las cargas de emisiones previstas para después del año 2030 en observancia de los derechos fundamentales<sup>56</sup>. Sin embargo, en lo que respecta al lapso de tiempo correspondiente al año 2031 al año 2050, el Tribunal considera que la falta de regulación respecto al volumen emisiones de CO<sub>2</sub> permitido por sectores productivos, sí podría representar una amenaza anticipada a la libertad fundamental de los recurrentes. Para determinar si en efecto la mencionada amenaza anticipada afecta de manera desproporcionada a *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* el Tribunal recurre al análisis de proporcionalidad.

### c) *La proporcionalidad y el tiempo*

El análisis o «principio» de proporcionalidad es un esquema de valoración no escrito, que en el derecho alemán se deriva del principio Estado de Derecho del art. 20(3) de la LFB y de los propios derechos fundamentales<sup>57</sup>. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán emplea el análisis de proporcionalidad para corroborar la constitucionalidad material de medidas restrictivas de derechos fundamentales o intereses constitucionalmente protegidos<sup>58</sup>. La finalidad de este análisis es ser un límite a las limitaciones (*Schranken-Schranke*)<sup>59</sup> que

<sup>56</sup> Números marginales 211, 215 y 236 de la decisión.

<sup>57</sup> «En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio del Estado de Derecho, principalmente de la propia naturaleza de los derechos fundamentales, que, como expresión de la pretensión general de libertad del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser restringidos por la autoridad pública en la medida indispensable para la protección de los intereses públicos» [trad. alt]. BverfGE 19, 342 (348 y s). El Tribunal Constitucional español también ha vinculado el análisis de proporcionalidad con el principio Estado de Derecho del art. 1.1 de la Constitución Española cuando afirma que «al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho». STC 85/1992, de 08 de junio, f.j. 4.

<sup>58</sup> Sobre la evolución del análisis de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ver, entre otros, DUMBS, M., *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg im Breisgau: Verlag Wissenschaft & Öffentlichkeit, 2015, pp. 27 y ss; LANG, A., «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine rechtsempirische Untersuchung mit rechtsvergleichenden Perspektiven», Archiv des öffentlichen Rechts n.º 145, 2020, pp. 75-132; LEPSIUS, O., «Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit», JESTAEDT M., LEPSIUS O. (eds.), *Verhältnismäßigkeit — Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 1-41; SCHNEIDER, H., «Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetze», STARCK, C. (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, pp. 390-404.

<sup>59</sup> GRIMM, D., *Constitucionalismo. Pasado, Presente, Futuro*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 279 y ss.

las acciones del Estado o de terceros imponen al ámbito de protección de los derechos fundamentales. Ciertamente, la aplicación del análisis de proporcionalidad no está limitada al ámbito nacional, sino que también es empleado por Cortes Internacionales para determinar afectaciones al ámbito de protección de los derechos<sup>60</sup>. La función del análisis de proporcionalidad consiste en poner en relación, en un caso concreto, medidas restrictivas y fines perseguidos, así como derechos fundamentales o intereses constitucionalmente protegidos<sup>61</sup>. La idea o noción de proporcionalidad en la interpretación de derechos fundamentales se identifica con la idea de concordancia práctica, es decir, con la armonización de los mandatos derivados de los bienes constitucionales en conflicto en un caso concreto<sup>62</sup>. El análisis de proporcionalidad se estructura en base a tres sub-análisis: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>63</sup>.

En su sentencia sobre la Ley Federal de Protección Climática, el Tribunal entiende a la proporcionalidad como una exigencia de justificación constitucional que pone en relación el deber de protección del medioambiente derivado del

60 Como ejemplos se puede mencionar: el Tribunal Constitucional español cuando afirma que el análisis de proporcionalidad «exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución». STC 50/1995, de 23 de febrero, f.j. 7; la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en su famosa decisión en el caso *Kimel v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008 Series C N.º 177, f.j. 68-94 explicita que el análisis de proporcionalidad se conforma de un juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afirma que la noción de proporcionalidad exige que la restricción a las libertades consagradas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos sólo sean admisibles si son necesarias en una sociedad democrática, ver *Handyside v. United Kingdom*, Fondo, Cuestión 5493/72, A/24, [1976] ECHR 5, (1976), §49; finalmente la Corte Europea de Justicia, otrora Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando adopta el análisis de proporcionalidad en su decisión *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, Caso 11/70, Rec. 1970, f.j. 2 y 16.

61 «La interacción de razones a favor y en contra es la esencia de la proporcionalidad» [trad. *alt*]. ALEXY, R., «Human Dignity and Proportionality», *Law's Ideal Dimension*, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 207. En el mismo sentido ZIPPELIUS, R., *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5ta. ed., München: C. H. Beck, 1997, p. 85.

62 La noción de concordancia práctica forma parte de los cinco cánones tópicos de interpretación constitucional planteados por Konrad Hesse. La concordancia práctica consiste en la idea de coordinar los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos de tal manera que en la solución de un caso problemático, todos ellos conserven su identidad, es decir, que no se vulnere su contenido esencial. Ver HESSE, K., «La interpretación constitucional», *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 57-75, 67. Sobre los principios de interpretación constitucional, entre ellos la concordancia práctica ver HÄBERLE, P., «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 13, 2010, pp. 379-411, 385 y ss.

63 BverfGE 120, 274 (318 y s). Para estudios sobre la estructura interna del análisis de proporcionalidad ver BARAK, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 245-302, 529-539; BERNAL C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4ta. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: Eudeba, 2010. Para una exposición histórico-descriptiva del análisis de proporcionalidad ver BARNÉS, J., «Principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público* n.º 5, 1998, pp. 15-49.

art. 20a de la LFB y el derecho a la libertad fundamental (*libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*)<sup>64</sup>. Ello con el fin de determinar si las actuaciones del legislador de la LFPC protegen de manera constitucionalmente aceptable los fundamentos naturales de la vida y el derecho al ejercicio de la libertad fundamental. En este sentido, el Tribunal entiende que la medida restrictiva (la imposición de limitaciones a los volúmenes de emisión de gases de efecto invernadero) y la finalidad (limitar el calentamiento global a muy por debajo de los 2°C y, preferiblemente, a 1.5°C con respecto a niveles preindustriales, así como la consecución de la meta estatal de la neutralidad climática en el año 2050) son legítimos conforme a la LFB<sup>65</sup>. Asimismo, el Tribunal sostiene que la medida restrictiva es adecuada a la consecución de la finalidad perseguida, teniendo en cuenta, «por un lado, el impacto en gran parte irreversible de las emisiones de CO<sub>2</sub> en la temperatura de la tierra y, por otro lado, al hecho de que la LFB no permite que el Estado simplemente acepte, sin hacer nada, un avance *ad infinitum* del cambio climático»<sup>66</sup>. El Tribunal también sostiene que el establecimiento de limitaciones a las emisiones de gases de efecto invernadero es una medida necesaria al no haber otro medio igualmente idóneo para la consecución del fin y que sea al mismo tiempo menos restrictivo sobre los comportamientos humanos que generan gases de efecto invernadero: «Si en la sociedad estuviesen disponibles y suficientemente establecidas formas alternativas de comportamiento libre de CO<sub>2</sub> y, por lo tanto, climáticamente neutras, que pudieran reemplazar al menos parcialmente cualquier ejercicio de la libertad que produzca CO<sub>2</sub>, la exclusión de formas de comportamiento perjudiciales para el clima implicaría una menor pérdida de libertad que si tales alternativas no existiesen. [...] Sin embargo, pasará algún tiempo antes de que el progreso técnico y otros desarrollos permitan que los procesos y productos que generan CO<sub>2</sub> de forma intensa sean reemplazados o evitados en gran medida. [...] Dada la magnitud de la transformación socio-tecnológica requerida, se considera *necesario* proyectar a largo plazo planes de reestructuración y rutas de salida»<sup>67</sup>.

Como se mencionó<sup>68</sup>, el Tribunal concluyó que respecto a las medidas adoptadas por el legislador de la LFPC hasta el año 2030 se carecía de elementos de juicio como para declararlas inconstitucionales; ello debido a que existía incertidumbre científica con respecto al volumen del presupuesto de CO<sub>2</sub> restante y que en todo caso esta inseguridad confería al legislador un ámbito de discrecionalidad para determinar su política de control de emisiones de CO<sub>2</sub>. Por tanto, al ser una prerrogativa del legislador democráticamente legitimado estructurar la política nacional de protección climática, y en vista a que no se tienen elementos suficientes como

64 Número marginal 245 de la decisión.

65 Números marginales 152 a 165 de la decisión.

66 Número marginal 118 de la decisión, [*trad. alt.*].

67 Número marginal 121 de la decisión, [*trad. alt.*].

68 Ver Supra II. 2. b).



para valorar la intensidad de las restricciones que el consumo del presupuesto de CO<sub>2</sub> acarrearía sobre *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*, el Tribunal renuncia a ejercer control sobre el § 3(1) segunda frase y el § 4(1) tercera frase en conjunto con el Anexo 2 de la LFPC para el lapso de tiempo comprendido entre la actualidad y el año 2030, reconociendo así la compatibilidad de estas medidas con la exigencia de protección climática del art. 20a de la LFB. En cambio, el Tribunal somete el cumplimiento de la exigencia de protección climática del legislador de la LFPC al sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación en lo relativo al lapso de tiempo comprendido entre los años 2031 y 2050.

La relación de ponderación construida explícitamente por el Tribunal fue la siguiente: «si se agota el presupuesto de CO<sub>2</sub> que corresponde a este límite de temperatura (calentamiento global muy por debajo 2°C y, preferiblemente, a 1.5°C con respecto a niveles preindustriales), las actividades que involucren directa o indirectamente emisiones de CO<sub>2</sub> solo podrán permitirse en la medida en que los respectivos derechos fundamentales puedan prevalecer en la ponderación frente a la protección climática. Ese ejercicio de la libertad tendrá cada vez menos peso relativo en el proceso de *ponderación* debido a la intensificación de la contaminación ambiental»<sup>69</sup>. Esta frase textual podría reconstruirse en función de una relación de ponderación: «Cuanto mayor sea la necesidad de implementar medidas legislativas que permitan reducir los volúmenes permitidos de CO<sub>2</sub>, tanto mayor será la afectación del derecho a la libertad general de acción». La introducción del factor «tiempo» en esta relación de ponderación afecta de manera directa a la importancia de satisfacción del ejercicio de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*. Ello debido a que cuanto menor sea el presupuesto CO<sub>2</sub> restante y mayores los niveles de emisión, menos tiempo quedará para implementar los desarrollos tecnológicos y sociales necesarios para modificar el estilo de vida actual fuertemente basado en la producción de CO<sub>2</sub>. Esto implica a su vez que cuanto menos tiempo se tenga para implementar tales desarrollos, más intensamente se afectará a los titulares de derechos fundamentales mediante restricciones justificadas constitucionalmente. El Tribunal concluye que «el legislador ha violado su deber, derivado del principio de proporcionalidad, de asegurar que la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> se distribuya a lo largo del tiempo, de manera prospectiva tal y como es exigido por el art. 20a LF, hasta el punto de la neutralidad climática y de una manera respetuosa con los derechos fundamentales»<sup>70</sup>. El efecto anticipado que un escaso presupuesto de CO<sub>2</sub> traería consigo (presupuesto que sería el resultado de las cantidades de emisiones permitidas hasta el 2030) equivaldría a una afectación grave a *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*; por tanto, el legislador incumple su deber de

69 Número marginal 185 de la decisión, [trad. alt] (énfasis añadido). Sobre el rol del método de la ponderación en la protección de los derechos fundamentales de las generaciones futuras ver KLEIBER, M., *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 88 y ss, 185 y ss.

70 Número marginal 243 de la decisión, [trad. alt].

actuar con cautela previsor para con las generaciones futuras al no establecer clara y explícitamente los volúmenes de emisiones a partir del año 2031. Ello debido a que la «carga de reducción de gases de efecto invernadero requerida después del año 2030 en razón del art. 20a LF será considerable»<sup>71</sup>. Asimismo, el sometimiento a una reglamentación por decreto del Gobierno Federal en el año 2025 no es justificable constitucionalmente por no ser suficiente como para revertir el efecto anticipado de la afectación al ejercicio futuro de los derechos de libertad de los recurrentes<sup>72</sup>. El Tribunal lo pone aún más claro: «Del principio de proporcionalidad se desprende que no es posible permitir que una generación consuma una gran parte del presupuesto del CO<sub>2</sub> con una carga de reducción comparativamente leve si esto al mismo tiempo significa que las siguientes generaciones soportarán una carga de reducción radical, exponiendo sus vidas a una pérdida considerable de su libertad. [...] En el futuro, es probable que incluso las graves pérdidas de libertad se justifiquen invocando el principio de proporcionalidad a fin de proteger el clima»<sup>73</sup>.

El Tribunal pone en conexión el análisis de proporcionalidad con el principio de cautela o precaución para con el medioambiente, mismo que atañe al legislador en un contexto en el que el paso del tiempo implica un incremento en la intensidad de la afectación de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*. El legislador incumplió su deber de cuidado derivado del art. 20a de la LFB al no haber previsto la forma de actualización de los objetivos de reducción a partir del año 2031 en la LFPC<sup>74</sup>. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación en esta constelación de variables cobra un rol protagónico, pues permite ponerlas en relación de implicancia mutua. De esta manera se hace explícita la forma en que una regulación generosa y laxa para con las generaciones actuales, compromete la libertad fundamental de las generaciones futuras. El uso de una relación de ponderación también hace explícito cómo es que esta afectación va incrementándose exponencialmente a medida que el cambio climático va acentuándose. Ciertamente, esta sentencia es un ejemplo formidable para ilustrar los efectos del paso del tiempo en el análisis de proporcionalidad. En efecto, el tiempo es una de las circunstancias fácticas a ser tomadas en cuenta para determinar la intensidad con la que se afecta un bien constitucionalmente protegido o la importancia de satisfacerlo. En el caso de la LFPC, la importancia de satisfacer el deber de protección medioambiental en beneficio del ejercicio de las libertades de generaciones actuales y futuras —derivado del art. 20a LF, en conjunción con el deber de garantizar *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental*— se incrementa a medida que el tiempo transcurre. El propio Tribunal destaca esta situación: «En el proceso de

71 Número marginal 245 de la decisión, [trad. *alt*].

72 Números marginales 251 a 265 de la decisión.

73 Número marginal 192 de la decisión, [trad. *alt*].

74 Números marginales 256 y 266 de la decisión.

ponderación, el mandato de protección climática tiene un peso cada vez mayor a medida que se intensifica el cambio climático»<sup>75</sup>.

El hecho de que el paso del tiempo cause que la importancia de satisfacción de un bien constitucional como el mandato de protección medioambiental se incremente pudiendo incluso poner en peligro el objeto de su deber de protección, exige no solo una acción precautoria oportuna de parte del titular de dicho deber, sino también razones claras y definidas que estén orientadas a detener o reducir la intensidad de la afectación en otros bienes constitucionales como la libertad fundamental, misma que podría verse reducida más allá de su contenido esencial. En otras palabras, el paso del tiempo impone una fuerte carga de argumentación al titular del deber de cuidado. Esta idea podría sintetizarse en la siguiente *ley de ponderación transtemporal*: «cuanto más se prolongue el tiempo en el que un principio jurídico se vea afectado, tanto mayor será la importancia de justificar la duración de dicha afectación»<sup>76</sup>. En todo caso, cuando el paso del tiempo no incida en la importancia de satisfacción o intensidad de afectación de un bien constitucionalmente protegido, la relevancia de este factor en el análisis de proporcionalidad será nula.

### III. CONCLUSIONES

La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán representa un hito en materia de protección medioambiental, ya que conmina al Estado a ser diligente en el cumplimiento de su deber objetivo de proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de las generaciones actuales y futuras. Medidas restrictivas muy laxas a corto plazo acarrearán una carga de restricciones severas a largo plazo. Ciertamente, la decisión no solo ha generado opiniones a favor y en contra en el ámbito académico, sino que ha tenido consecuencias tangibles e inmediatas en la política de protección medioambiental en Alemania, donde el Parlamento aprobó el 24 de junio de 2021, tan sólo 2 semanas después de que el Tribunal publicase su sentencia, una enmienda a la Ley Federal de Protección del Clima donde se estableció que el país deberá alcanzar la neutralidad de emisiones en el año 2045 y ya no en el 2050, como previamente preveía la Ley. Así mismo, se impuso la meta de

75 Número marginal 198 de la decisión, [trad. *alt*].

76 La estructura de este enunciado se basa en la ley de ponderación formulada por Robert Alexy: «Cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». Ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 138. Hay que resaltar que la expresión «principio», en el contexto de la ley de ponderación de Alexy y de la «ley de ponderación transtemporal» planteada, abarca tanto derechos como intereses protegidos en un determinado sistema jurídico; así por ejemplo en el contexto del Estado constitucional de derecho, «principio» abarca tanto derechos fundamentales (derechos de libertad, igualdad, etc.) como intereses colectivos protegidos constitucionalmente (función pública, seguridad nacional, salud pública, función legislativa, etc.).

reducir en un 65% la emisión de gases de efecto invernadero y ya no solo en un 55% como establecía la Ley. Finalmente, la enmienda estableció una vía clara de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a partir del año 2031 en atención a lo observado por el Tribunal de Karlsruhe.

También es de destacar la construcción dogmática y empírica en la que el Tribunal se basó para justificar su decisión, ello porque tomó en cuenta y valoró información científica pormenorizada para determinar el grado de afectación de los derechos fundamentales de los recurrentes. En este aspecto, el análisis de proporcionalidad fue central para corroborar la incompatibilidad de las disposiciones de la Ley Federal de Protección Climática con la LFB. Si bien es cierto el Tribunal no ha identificado en su sentencia la existencia de una afectación a los derechos a la vida, indemnidad física y propiedad, sí encuentra una afectación, por incumplimiento del deber de protección ambiental derivado del art. 20a de la LFB, y por la afectación anticipada de *la libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental* (derechos de libertad específicos y el derecho general a la libertad de acción) de los recurrentes y de las generaciones futuras. Sin embargo, puede considerarse como una oportunidad perdida el hecho de que el Tribunal no haya profundizado en la idea de un derecho a un mínimo vital ecológico derivado de la dignidad humana, no obstante contar con el antecedente jurisprudencial del mínimo vital social. A pesar de esto, la sentencia representa un punto de partida para futuros casos en los que la protección del medio ambiente se vea enfrentada a la contaminación antropogénica generada por el ejercicio de la libertad; situación que en el contexto de una sociedad cada vez más dependiente de actividades generadoras de CO<sub>2</sub> parece inevitable.

\*\*\*

TITLE: *Proportionality in the anticipated protection of freedom rights: analysis of the German Federal Constitutional Court's ruling on the Climate Protection Act*

ABSTRACT: *The judgment of the German Federal Constitutional Court declaring unconstitutional in parts the Federal Climate Change Act of 2019 has generated great interest due to its implications for state policies on the control of greenhouse gas emissions, as well as for its underlying dogmatic and interpretative aspects. Particularly noteworthy is the inclusion of considerations on the effects of the course of time in the assessment of violations affecting freedom in the context of climate change, as well as the specification of a state aim obligation to protect the environment in interest of future generations. This idea can be synthesised in the paradox of guaranteeing time-unlimited freedom in a world of time-limited resources. In order to give an account of the arguments of the German Federal Constitutional Court, the present analysis will start with a brief description of the controversy that led the Court to declare the Federal Climate Protection Act partially unconstitutional, and then move on to an analysis of the main dogmatic and interpretative aspects on which the Court based its decision.*

RESUMEN: *La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que declaró parcialmente inconstitucional la Ley Federal de Protección del Clima del año 2019 ha generado gran interés por sus implicaciones para las políticas estatales sobre el control de emisiones de gases de efecto invernadero, así como por sus aspectos de dogmática iusfundamental e interpretación. Llama particularmente la atención la incorporación*

*de consideraciones sobre los efectos del paso del tiempo en la valoración de afectaciones al derecho a la libertad en el contexto del cambio climático, así como la individualización de una obligación estatal de proteger el medioambiente en interés de las generaciones futuras. Esta idea puede sintetizarse en la paradoja de garantizar una libertad sin límites temporales en un mundo de recursos limitados en el tiempo. A fin de dar cuenta de los argumentos del Tribunal Constitucional Federal alemán, el presente análisis se inicia con una breve descripción de la controversia que llevó al Tribunal a declarar parcialmente inconstitucional a la Ley Federal de Protección del Clima, para luego pasar a un análisis de los principales aspectos dogmáticos e interpretativos en que se basó el Tribunal para fundamentar su decisión.*

**KEY WORDS:** *Judgment of the German Federal Constitutional Court of 24 March 2021, Federal Climate Change Act, Freedom rights, environmental existential minimum, proportionality, anticipated violation of fundamental rights, state duty of environmental protection, effects of time on the balancing of rights.*

**PALABRAS CLAVE:** *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 24 de marzo de 2021, Ley Federal de Protección del Clima, derecho a la libertad fundamental, mínimo vital ecológico, proporcionalidad, afectación anticipada de derechos fundamentales, deber estatal de protección medioambiental, efectos del tiempo en la ponderación de derechos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 08.01.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02.02.2022

