

CATEGORIZACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS*

Fernando Simón Yarza

*Profesor Titular de Derecho Constitucional,
Universidad de Navarra*

* El presente trabajo ha sido realizado en el curso de una estancia como *Academic Visitor* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, entre los meses de marzo y julio de 2022. Quiero agradecer particularmente a los profesores Nick Barber y Dominic Burbidge su invitación a investigar en el *Programme for the Foundations of Law and Constitutional Government*. Asimismo, quiero agradecer al *Canterbury Institute* su apoyo económico para financiar la estancia.

I. INTRODUCCIÓN

1. Apenas puede negarse que la noción de “derechos” responde a una tradición centrada en la libertad individual, realidad preciosa cuyo sostenimiento, a través de un marco institucional adecuado, merece considerarse como un auténtico bien común de la sociedad. Sin perjuicio de la importancia de las libertades, la retórica excesivamente individualista de los derechos ha sido, probablemente, uno de los factores que ha contribuido a poner en valor, casi como reacción, la importancia de los derechos colectivos. En su obra más influyente, Ronald Dworkin sostuvo que “si alguien tiene derecho a algo, entonces está mal que el gobierno se lo deniegue, incluso cuando sería de interés general hacerlo”¹. Ampliamente difundido en las últimas décadas, semejante planteamiento tiene el efecto de desarmar las consideraciones sobre el bien común frente a las aspiraciones del individuo. La reacción paradójica que ha suscitado, no obstante, ha sido la de replantear las exigencias legítimas de la colectividad en términos de derechos. De esta forma, “al señalar aspectos de la identidad personal que están inextricablemente ligados con la existencia de comunidades y de su cultura común, [la noción de derechos colectivos] reconoce el valor intrínseco de algunos bienes colectivos, y libera el discurso de su asociación tradicional con el individualismo moral”². En definitiva, pues, el desarrollo del discurso de los derechos colectivos se debe, al menos en parte, a que restituye a muchos aspectos del bien común una centralidad que, de manera injusta, un individualismo exacerbado tiende a postergar.

2. Sin perjuicio de su importancia creciente, conviene aclarar que el discurso de los derechos colectivos no constituye propiamente una novedad. A principios de los setenta, la Declaración de Estocolmo vio en la paz, el medio ambiente y el desarrollo un conjunto de derechos de naturaleza colectiva, fundado en un paradigma moral de solidaridad e interdependencia. Con anterioridad a estos derechos, además, el principio de la “libre determinación de los pueblos” había adquirido una importancia notable tras las dos guerras mundiales que marcaron la primera mitad del siglo, y había ocupado un papel primordial a lo largo del proceso descolonizador. Así el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, proclamó, juntamente con “los derechos fundamentales del hombre”, los derechos de “las naciones grandes y pequeñas”.

En la categoría de los llamados “derechos colectivos” convergen, de algún modo, ambas corrientes. Por eso, los derechos colectivos incluyen realidades tan diversas como el medio ambiente; la preservación, por parte de los pueblos, de su tierra,

1 DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 269.

2 RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 209.

identidad y cultura; el desarrollo material; o el acceso a los recursos naturales. La importancia de los bienes citados no es menor a la de los derechos individuales de la tradición liberal clásica, lo cual contribuye a explicar que su tutela haya sido objeto de una concienciación creciente.

3. No se puede ignorar, de todos modos, que derechos colectivos como los enunciados constituyen realidades heterogéneas, y brotan de preocupaciones que, aun compatibles entre sí, e incluso solapadas en ocasiones, merecen un tratamiento jurídico diverso. Los dos rasgos que nos permiten identificar “derechos colectivos” son:

- a) de un lado, que, en cuanto que “derechos”, fundan un deber ajeno³; y
- b) de otro, que, en cuanto que “colectivos”, versan sobre bienes cuyo titular no es, sin más, el individuo, sino la comunidad⁴.

Allá donde el fundamento del derecho reside en la titularidad colectiva de un bien determinado, es posible hablar de la existencia de un derecho colectivo sobre ese bien. Tal derecho o pretensión (*claim*) tiene como correlato, obviamente, deberes de terceros para con la colectividad. Siguiendo el esquema de Hohfeld, cabe afirmar que “una colectividad ‘x’ tiene un derecho a ‘n’ frente al sujeto ‘y’, si y sólo si el sujeto ‘y’ tiene un deber de ‘n’ respecto a la colectividad ‘x’”.

4. A partir de la definición expuesta, pienso que puede ser útil distinguir, al menos, tres tipos distintos de derechos colectivos:

- a) De un lado, existen derechos colectivos que tienen por objeto la misma existencia e identidad política de su titular, lo que incluye la participación en los procesos decisorios que afectan a su esfera vital. Los derechos de las minorías nacionales y culturales a la autonomía política, así como sus derechos representativos en las entidades más amplias de las que forman parte, constituyen los ejemplos más claros al respecto.
- b) Juntamente con los derechos citados, existen otros cuyo carácter colectivo reside, de manera más genérica, en la naturaleza comunitaria o participada de su objeto. Son derechos sobre bienes originariamente comunes, por más que su uso y disfrute pueda exigir mecanismos de apropiación y distribución

3 HOHFELD, W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1920, pp. 36 y ss.

4 RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 208.

individualizada. En este punto, creo que es útil distinguir, al menos, dos tipos de derechos colectivos:

- (1) Existen, en primer lugar, derechos derivados de la titularidad colectiva de bienes materiales. Por el grado de universalidad de su titularidad, el ejemplo paradigmático al respecto es el derecho al medio ambiente, un “derecho fundamental como un todo”⁵ que evidencia la interdependencia de nuestras sociedades.
- (2) Existen, igualmente, derechos derivados de la titularidad colectiva de bienes inmateriales. La preservación del patrimonio cultural, el respeto a los símbolos nacionales, así como el cuidado de la “ecología moral”⁶ de la sociedad, constituyen, a mi juicio, ejemplos paradigmáticos.

5. Sin perjuicio de la distinción trazada, conviene añadir que los distintos tipos de derechos se solapan entre sí con frecuencia. Así, por ejemplo, existen bienes comunes –piénsese, v. gr., en derechos culturales como la lengua, las tradiciones o la religión– cuya adecuada protección exige otorgar esferas de autonomía decisoria a las comunidades que los ostentan. Lo mismo sucede con el derecho de los pueblos a su propia tierra o a la preservación de sus recursos. En estos supuestos, a la protección misma de los bienes materiales o inmateriales de titularidad colectiva se suma la atribución de derechos participativos, incluso políticos, a su titular. Estos derechos tienen a menudo, además, una función ancilar de tutela respecto a los bienes sustantivos protegidos.

6. En las páginas que siguen, trataré de abordar algunos de los desafíos más acuciantes a los que, a mi juicio, se enfrentan los llamados derechos colectivos. Como he expuesto, estamos ante una categoría heterogénea, en la que confluyen realidades diversas. En correspondencia con esta amplitud, los problemas y retos a los que haré alusión tienen un carácter diverso, y no afectan por igual a todos los derechos colectivos. Comenzaré mi exposición delineando algunos de los principales desafíos ético-jurídicos a los que obedece la emergencia misma de los derechos colectivos (2). A continuación, describiré la principal dificultad a la que se enfrentan los derechos colectivos, que podríamos calificar como la “paradoja del *status*” (3). Posteriormente, describiré las principales vías que se han explorado para la tutela de los derechos colectivos (4); y me detendré, de manera particular,

5 ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986, pp. 403-404.

6 GEORGE, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 1 y ss.

en algunas innovaciones importantes de la jurisprudencia ambiental reciente (5). Cerraré el artículo, por último, con unas breves reflexiones conclusivas (6).

II. LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LA SUPERACIÓN DEL INDIVIDUALISMO

1. Como he anticipado en la introducción, la eclosión de los llamados “derechos colectivos” obedece a la necesidad de superar un discurso de los derechos excesivamente individualista, magistralmente caracterizado por académicos como Mary Ann Glendon en los años noventa⁷. Con el tiempo, nos hemos hecho cada vez más conscientes de que la expansión exacerbada de las libertades individuales tiene un carácter dialéctico, esto es, termina generando su propia contradicción. Ello se debe a que los costes comunitarios que puede tener tal expansión se cifran, indirectamente, en costes para los propios derechos individuales. En su reciente Sentencia sobre la *Ley Federal de Protección del Clima*, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán parece haber constatado esta realidad al determinar que la insuficiente protección ambiental termina exigiendo, a largo plazo, una restricción drástica de derechos. Refiriéndose a las emisiones de dióxido de carbono, el Alto Tribunal declaró que los derechos fundamentales deberían proteger también frente a actividades cuyas consecuencias para el ecosistema ponen en riesgo la libertad futura⁸.

2. Esta constatación del Tribunal Constitucional Federal alemán subraya, de algún modo, la estrecha dependencia entre bien *individual* y bien *común*; o lo que es lo mismo, la dependencia de los derechos individuales de un ecosistema adecuado. El medio ambiente es paradigmático por lo que tiene de universal, aunque existen “bienes ecológicos”, participados colectivamente, en múltiples ámbitos de la sociedad y de la cultura. Del mismo modo que puede hablarse de una ecología “física”, existe una ecología cultural y moral de la que depende la vida y el florecimiento de los pueblos.

3. En las últimas décadas, destacados filósofos políticos liberales han abanderado la causa de los derechos colectivos, de manera particular de los derechos de las minorías nacionales en el marco de ciudadanías diferenciadas. El filósofo político canadiense Will Kymlicka ha sido, tal vez, la voz más reconocida en este campo, y ha tratado de mostrar hasta qué punto las propias libertades individuales dependen de la preservación de bienes compartidos solidariamente como la lengua

7 GLENDON, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991.

8 STCF de 24 de marzo de 2021 (1 BvR 2656/18), párr. 122.

y la cultura. En la tutela de estos bienes colectivos, Kymlicka traza una distinción entre las “restricciones internas” que una comunidad inferior —piénsese, paradigmáticamente, en un Estado federal— opone a sus miembros para tutelar bienes culturales y las “protecciones externas” que opone a la comunidad superior⁹. En tanto que las primeras tendrían un carácter autoritario —sostiene el filósofo canadiense—, las segundas resultarían genuinamente liberales, dado que protegen el modo de vida de las comunidades inferiores frente a un ejercicio abusivo del poder central que, a la postre, redundaría en perjuicio de los individuos.

4. La consciencia de los bienes colectivos ha dado la razón a Kymlicka en muchos puntos, aunque su planteamiento no termina de captar, a mi juicio, hasta qué punto los bienes colectivos “son” bienes del individuo. Obviamente, si caracterizamos *a priori* las “restricciones internas” como restricciones abusivas, nos estamos refiriendo, por definición, a medidas injustificadas. Esto es lo que parece hacer Kymlicka, estableciendo una asimetría que parece viciar la contraposición. En tanto que sus “protecciones externas” son caracterizadas *a priori* con los rasgos legítimos de la protección, las “restricciones externas” ya han sido predefinidas como abusivas. La estrategia definitoria, pues, tiene un efecto inmunizador en su teoría.

Para que la contraposición no conduzca a resultados engañosos, tanto la “restricción interna” como la “protección externa” habrían de definirse *a priori* neutralmente, como justificables o injustificables. No todo lo que las minorías nacionales reclaman frente a las entidades superiores para proteger su cultura es legítimo, ni todo lo que oponen a sus miembros con el mismo propósito es ilegítimo. Ciertamente, la tutela de los bienes culturales mediante “protecciones externas” resulta indispensable para la vida de los miembros de grupos nacionales. En ocasiones, sin embargo, las reivindicaciones particularistas de las minorías nacionales atentan contra un bien común más amplio, que las trasciende. En adición a ello, cuando una comunidad limita la libertad de sus miembros en aras de la prosperidad colectiva o la ecología material e inmaterial de la sociedad —medio ambiente, paz, orden público, tradiciones, moral social, etc.— no está apelando a un bien que sea ajeno al individuo, sino a un bien del que el individuo es partícipe. Como ha enfatizado Alasdair MacIntyre, vivimos inmersos en un conjunto institucionalizado de relaciones de donación y recepción sin las cuales no podemos desarrollarnos, lo que torna imprescindible la formación y el sostenimiento de esas relaciones e instituciones¹⁰.

9 KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 34 y ss.

10 MACINTYRE, A., *Dependent Rational Animals*, Open Court, Chicago y La Salle, 1999, p. 107.

5. Esta misma asimetría entre las razones individuales y las razones comunes puede apreciarse también, a mi juicio, en una acusada tendencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Como es sabido, desde el momento en que se incluye una conducta dentro del ámbito de protección de un derecho, dicha conducta aparece *prima facie* como un bien protegido que sólo con argumentos muy sólidos el Estado puede restringir. Teniendo esto en cuenta, pienso que resulta muy problemático definir con excesiva amplitud conductas abstractas como protegidas en el contenido *prima facie* de los derechos individuales. Con ello, se genera un tipo de razonamiento muy individualista, en el que los intereses subjetivos del individuo –en ocasiones, simples deseos que se definen *prima facie* como derechos de manera acrítica– resultan privilegiados en exceso. No incluidas bajo el paraguas de los derechos individuales, sin embargo, las “razones del bien común” –que tutelan derechos colectivos– quedan envueltas en el halo de sospecha que caracteriza a la “injerencia” en los derechos individuales, y deben sujetarse a un estricto control de necesidad.

Para ilustrar esto, quisiera servirme de un ejemplo extraído de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre los vientres de alquiler. En la Sentencia *Paradiso Campanelli c. Italia*, de 27 de enero de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia por vulnerar el derecho a la vida privada de una pareja que, de manera ilegal, había adquirido un niño en Rusia, mediante vientre de alquiler, y sin vínculo biológico alguno con los comitentes. El análisis jurídico del caso se basaba en una definición amplísima del derecho *prima facie* involucrado –la vida privada y familiar– y de una visión sumamente severa de las restricciones fundadas en el bien común. Las presunciones –decisivas, como es bien sabido, en la articulación de los procesos decisorios– operaban claramente en contra del orden público, e Italia resultó condenada por retirar a la pareja la custodia legal del niño para darlo en adopción. Dos años más tarde, el 24 enero de 2017, la Gran Sala revocó la Sentencia, y declaró que estaba en juego “la protección del niño; no sólo del niño en el presente caso, sino de *los niños* más generalmente”¹¹. Lo que Italia protegía con su restricción no es un evanescente orden ajeno a las personas, sino un genuino bien colectivo –el orden de la filiación– en el que se hallan comprometidos múltiples bienes individuales. Se trata, pues, de un bien de la sociedad que funda deberes ajenos, o lo que es lo mismo, se trata de un auténtico derecho colectivo del conjunto de la sociedad. Sin embargo, lo cierto es que el juego de presunciones seguido por la Sentencia de la Sala lo había infraprivilegiado frente a los intereses menos merecedores de tutela en aquel caso, a saber, los de comitentes que habían actuado ilegalmente.

11 STEDH (GS) *Paradiso Campanelli c. Italia*, de 24 de enero de 2017, n. 197.

En la expresión empleada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos advertir hasta qué punto los argumentos de orden público no pueden contemplarse, únicamente, como restricciones de los derechos individuales, sino que constituyen razones para la protección de bienes o derechos colectivos. De estos últimos dependen los derechos individuales de un conjunto más amplio de afectados que las partes del litigio. En ámbitos que involucran cuestiones tan sensibles, los derechos colectivos subsumibles bajo el concepto de «orden público» o de «bien común» trascienden con mucho el círculo de individuos interesados directamente en el caso, y deberían ser, con todo rigor, el *leit motiv* en que habría de basarse la decisión.

6. El problema de los derechos colectivos nos enfrenta a mi juicio, por consiguiente, a una especie de redescubrimiento de la importancia que, para el propio individuo, tienen los bienes comunes. En las últimas décadas, y de manera creciente en los últimos años, filósofos políticos de la talla de Alasdair MacIntyre o Michael Sandel han reivindicado con energía la necesidad de poner en el centro del discurso social la noción del bien común. En el ámbito del Derecho Constitucional, el profesor de la Universidad de Harvard, Adrian Vermeule, ha dado voz a esta necesidad propugnando un “Constitucionalismo del bien común”¹² que supere el paradigma liberal-individualista centrado en libertades individuales aisladas, desconectadas de la ecología social. En el fondo, pienso que la consciencia de la importancia de los derechos colectivos se enmarca en este contexto de superación de un individualismo difícil de sostener. Y es que, en cierto sentido, todos los bienes comunes, participados por la sociedad e indispensables para su prosperidad, constituyen el *ius suum* que los ciudadanos deben a la colectividad. Un bien común es, por definición, un derecho o *ius* colectivo de cuantos participan de tal bien; esto es, de todas aquellas personas cuyos bienes individuales dependen de la adecuada preservación de tal bien.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LA PARADOJA DEL STATUS

En el epígrafe anterior, he tratado de desarrollar, de manera breve, la preocupación ético-política que está en la base de la eclosión de los llamados derechos colectivos. De las consideraciones esbozadas se desprende que estamos ante una categoría heterogénea, que abarca una pluralidad de realidades a las que no es posible dispensar un tratamiento unitario.

1. El principal problema de articulación institucional que presentan, con carácter general, los llamados derechos colectivos, puede ilustrarse bien aludiendo

12 VERMEULE, A., *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Cambridge, 2022.

a la teoría del *status*, que se encuentra en la base de la caracterización dogmática clásica de los derechos públicos subjetivos. Un bien de titularidad colectiva, participado por la comunidad, no se encuentra a la libre disposición de los individuos. Se trata de un interés que –por emplear las categorías de Jellinek– no pertenece simplemente al *status libertatis* del individuo que participa de tal bien colectivo. Allí donde los derechos tienen por objeto un bien colectivo, su cuidado (*cura*) debe realizarse en beneficio del conjunto de los titulares del bien, esto es, desde una posición de representante o un *status procuratoris*. Ello se debe a que “lo que alguien puede hacer como representante, está determinado en lo esencial por las expectativas de los representados y del público”¹³.

Según vengo sosteniendo, el ascenso de los derechos colectivos ha venido a reaccionar frente al individualismo de los derechos. Lo ha hecho, sin embargo, de una manera paradójica, a saber, aplicando el propio discurso de los derechos a bienes colectivos. Este hecho ha producido una dificultad evidente, dado que los mecanismos tradicionales de tutela de los derechos ponen en manos del individuo la posibilidad de oponer frente al Estado sus propios intereses. Defendiendo sus derechos, el individuo protege lo propio, y lo hace sin estar vinculado por expectativas de terceros.

Semejante modo de proceder no puede mantenerse, sin embargo, cuando el objeto de tutela es un bien perteneciente al conjunto de la comunidad. La tutela de los bienes colectivos es compleja, y exige tener en cuenta una pluralidad de consideraciones que no siempre comparecen en el recurso procesal interpuesto por un individuo. En efecto, “el foco de investigación en un caso en el que se involucra un demandante individual es por definición demasiado limitado para asegurar la consideración de todos los intereses sociales en juego en la disposición de la demanda”¹⁴.

Con esta apreciación, quisiera poner de manifiesto la principal dificultad a la que, en mi opinión, se enfrentan los llamados «derechos colectivos». Este discurso ha asumido el lenguaje de los derechos, originariamente individualista, debido a la fuerza que ha cobrado en el discurso público. Toda vez que los derechos han llegado a ser exaltados como triunfos (*trumps*) en una partida de cartas por el

13 SCHMIDT-ABMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2ª edición, Heidelberg, 2004, pp. 83-84.

14 HANDL, G., «Human Rights and the Protection of the Environment: A Mildly Revisionist View», en: CANÇADO TRINIDADE, A. A. (ed.), *Human Rights, Sustainable Development and the Environment*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1995, p. 135.

filósofo del Derecho más exitoso de finales del siglo XX, es normal que toda reivindicación política trate de formularse en esos términos. La paradoja del *status*, sin embargo, permanece intacta. En principio, un bien de titularidad colectiva se tutela desde un *status procuratoris*, dado que constituye un interés indisponible para el individuo.

2. En estrecha conexión con la paradoja del *status*, es preciso referirse a las dificultades que pueden plantearse en relación con la *identificación* (a) y *representación* (b) de determinadas comunidades.

a) En lo que respecta a la *identificación* de grupos, el problema se planteó en España, hace ya dos décadas, en relación con la libertad religiosa reconocida por la Constitución a las comunidades (art. 16.1 CE). A fin de ordenar el ejercicio de este derecho, la legislación que lo desarrolla supedita el reconocimiento de importantes beneficios y facilidades para el ejercicio del derecho (ventajas fiscales, posibilidad de adoptar acuerdos de cooperación con el Estado, etc.) a su inscripción en el Registro de confesiones religiosas (art. 5.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa). Se trata de un requisito indispensable, obviamente, para “el reconocimiento de su personalidad jurídica como tal grupo religioso, es decir, la identificación y admisión en el ordenamiento jurídico”¹⁵. Pues bien, la propia definición del concepto de “comunidad religiosa” ha suscitado discrepancias, y el Tribunal Constitucional ha abogado por una interpretación favorable a la libertad interna de las propias comunidades. Así, la articulación del Registro “no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas”¹⁶.

b) En cuanto a las dificultades asociadas a la representación, los problemas se plantean, sobre todo, allí donde faltan criterios claros de adopción de decisiones en el seno de un colectivo (1º), o cuando los criterios existentes son, desde la perspectiva de la comunidad superior, injustamente discriminatorios (2º). En ambos casos, la entidad política superior debe guardar una deferencia especial respecto a las costumbres y tradiciones de la comunidad inferior. El respeto a las colectividades exige deferencia respecto a la autodefinición de su identidad¹⁷, lo cual incluye, obviamente, la articulación de criterios de

15 STC 46/2001, FJ 7.

16 *Ibid.*, FJ 8.

17 Cfr. STEDH *Fernández Martínez c. España*, de 12 de junio de 2014.

representación acordes con sus costumbres. No estamos, desde luego, ante un criterio absoluto, pero el control de la comunidad superior ha de tener siempre un carácter externo.

Obviamente, los problemas de identificación y representación de colectivos no se plantean exclusivamente en los ámbitos señalados. Se trata de una fuente potencial de conflictos ligada, con carácter general, a la idea misma de derechos colectivos. Hay que subrayar que no estamos ante un problema insoluble, sino ante una cuestión susceptible de producir conflictos, cuyo adecuado tratamiento debe evaluarse caso por caso.

IV. PLURALIDAD DE VÍAS DE TUTELA

La “paradoja del *status*” no nos aboca, de todos modos, a renunciar de plano a la idea de derechos colectivos. Más bien, lo que se requiere es categorizarla adecuadamente, y proponer medidas para su tutela que resulten apropiadas a la naturaleza colectiva de los bienes en juego. Dedicaré este epígrafe, precisamente, a explorar algunas vías de protección consolidadas.

1. Derechos políticos y comunidades inferiores

1. La tutela de los derechos colectivos de las «naciones culturales» goza de una amplia tradición en el Derecho constitucional, por lo que apenas exige un breve comentario. El artículo 2 de la Constitución española, por ejemplo, “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” que integran España; un reconocimiento que se traduce en esferas de autonomía política y de participación en las instituciones centrales. Lo mismo sucede con otros Estados culturalmente diversos que, a fin de mantener la unidad en la diversidad, recurren a la vía federal u otras soluciones análogas.

2. Juntamente con los derechos políticos de las federaciones tradicionales, en las últimas décadas se han extendido fórmulas de reconocimiento político a comunidades indígenas. En el ámbito del derecho al desarrollo, los derechos participativos de las comunidades indígenas se vienen promoviendo desde hace décadas. Por su carácter pionero, es preciso citar el *Convenio 169 de la OIT, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, cuyo artículo 7.1 recogía el derecho de los pueblos a “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. En adición a este precepto, el artículo 6.1 recogía el deber de las autoridades de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada

vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Más recientemente, el 13 de septiembre de 2007, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que recoge también –entre otros– el derecho a la consulta previa en asuntos que les afectan (art. 19). Este derecho ha entrado a formar parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸. Nos encontramos, a mi juicio, ante un claro ejemplo en el que la participación se halla al servicio de otros derechos sustantivos –v. gr., el desarrollo económico, social y cultural, o la preservación de los recursos naturales– por parte de los pueblos afectados. Son, pues, derechos instrumentales al servicio de la tutela de bienes colectivos diversos.

2. Derechos procedimentales: información, participación, justicia

1. Los derechos de *información y participación* se han considerado como un medio particularmente idóneo para la tutela del medio ambiente. En Europa, el Convenio de Aarhus, de 25 de junio de 1998, supuso un hito fundamental en el reconocimiento de este tipo de derechos en la toma de decisiones ambientales. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la relevancia para los derechos humanos tanto de la información ambiental¹⁹; como de un procedimiento adecuado para la tutela de los bienes ambientales²⁰. En el ámbito de la autorización de actividades peligrosas, particularmente, el otorgamiento de facultades participativas viene cumpliendo una importante “función de compensación”²¹, que contrarresta los amplios márgenes de apreciación que, normalmente, suelen tener las autoridades públicas.

2. Un derecho procedimental específico, esencial en la tutela de bienes colectivos, es el derecho de acceso a la justicia. No en vano, la proliferación de acciones colectivas para la tutela de los intereses difusos constituyó, hace medio siglo, uno de los avances más destacados en la superación de concepciones excesivamente

18 Así se aprecia, por ejemplo, en casos como *Pueblo Saramaka c. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, de 27 de julio de 2012, *Comunidad garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras*, de 8 de octubre de 2015; o *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat c. Argentina*, de 6 de febrero de 2020.

19 *Vid.*, v. gr., la decisión pionera *Guerra y otros c. Italia* (GS), de 19 de febrero de 1998.

20 *Vid.*, v. gr., *Hatton y otros c. Reino Unido* (GS), de 8 de julio de 2003.

21 CALLIES, C., *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001, pp. 467.

individualistas de la legitimación procesal²². En las últimas décadas, ello ha permitido a numerosas asociaciones velar por el cuidado de bienes ambientales y otros intereses colectivos, más o menos definidos. Así, por ejemplo, la debilidad del consumidor individual frente a prácticas empresariales abusivas se ha visto compensada por la atribución de legitimación de asociaciones y grupos²³. En fin, la tendencia a hacer aproximaciones generosas a la idea de legitimación y de interés legítimo puede apreciarse también, más recientemente, en relación con el derecho de consulta de las comunidades indígenas respecto a los asuntos que les afectan²⁴.

3. Al igual que ocurre con los derechos de información y consulta en el ámbito administrativo, el derecho de acceso a la justicia se compadece bien, a mi juicio, con el *status procuratoris* desde el que se han de tutelar, con carácter general, los derechos colectivos. En estos casos, las asociaciones ciudadanas no son llamadas, como tales, a suplir la responsabilidad de los legítimos representantes; sino que se les otorga voz para defender ante los tribunales los bienes comunes. En el concepto de “interés legítimo” (*intérêt pour agir, sufficient interest*) se compendia, precisamente, el alcance de las atribuciones que un particular puede ostentar en virtud de su *status procuratoris*. Y es que, aun tratándose de un derecho subjetivo, lo característico del interés legítimo es que tiene como contenido el de poner en movimiento una norma objetiva²⁵. El interés legítimo se compadece a la perfección, pues, con la doble posición –de participación e indisponibilidad– que el individuo ostenta respecto a los bienes comunes. De un lado, la participación se refleja en la posibilidad misma de poner en movimiento el ordenamiento para que la regulación del legislador se cumpla efectivamente. De otro, la indisponibilidad se refleja en que el objeto defendido por el individuo es, precisamente, una legislación prefijada, no un bien abstracto del que dispone.

4. A la reflexión anterior hay que añadir otro efecto de la extensión de derechos participativos, a saber, el de favorecer una concienciación social generalizada y estimular un activismo político que, de otro modo, no se produciría. El hecho de dar voz a la sociedad civil en estos procedimientos fomenta el que las personas

22 Vid. CAPPELLETTI, M., «Vindicating the Public Interest Through Courts», en: *Buffalo Law Review*, 25, 1976, pp. 643 y ss.

23 Vid., para el caso español, el art. 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

24 *Pueblo Saramaka c. Surinam*, párr. 18 y ss.

25 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre los derechos públicos subjetivos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6, 1975, p. 438.

preocupadas por el cuidado de los bienes comunes se asocien para defenderlos. En este sentido, el incremento de la litigación ambiental de los últimos años ha venido precedido por un aumento del asociacionismo orientado a la tutela de bienes ambientales; el cual, a su vez, se ha visto favorecido por la atribución de acciones colectivas y derechos de información y participación en los procedimientos administrativos. Obviamente, la estimulación del activismo que producen los derechos participativos podría demostrarse perjudicial, a la postre, si las asociaciones en defensa del medio ambiente se alejan de una comprensión cabal de los bienes comunes que pretenden defender. En sí mismo, sin embargo, el activismo desinteresado constituye un factor capaz de contribuir al mejor cuidado del ecosistema.

3. Tutela indirecta y bienes individuales

1. Resulta obligado hacer una mención, siquiera breve, de la tutela indirecta de los bienes colectivos a través de su impacto en derechos individuales. Es ésta una vía muy consolidada en la jurisprudencia ambiental. El carácter participado de los bienes colectivos hace que las lesiones en ellos redunden, en muchas ocasiones, en daños a bienes individuales recogidos en los catálogos de derechos. Así, defendiendo “lo suyo” (v. gr., *su vida, su integridad física, su propiedad privada*, etc.), el individuo preserva indirectamente el bien colectivo (v. gr., el medio ambiente). La “paradoja del *status*” resulta aquí bien sorteada, dado que el individuo no necesita actuar desde un *status procuratoris* en defensa de lo que, en rigor, son bienes individuales que le pertenecen.

2. Como he anticipado, este tipo de tutela de bienes colectivos se ha expandido mucho en los últimos años, de manera particular en la jurisprudencia ambiental del Tribunal de Estrasburgo. Las decisiones son numerosísimas, y se refieren, sobre todo, al derecho a la vida (art. 2 CEDH), la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), la propiedad privada (art. 1 Protocolo 1º CEDH), y la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio (art. 8 CEDH). Como he subrayado en estudios anteriores, esta forma de tutela indirecta del medio ambiente constituye una vía legítima siempre y cuando la conexión entre el bien colectivo ambiental y los bienes individuales invocados sea real, no forzada. Por el contrario, las interpretaciones vivas o evolutivas que crean derechos sin soporte textual alguno, tienden fácilmente a ser una instrumentalización viva de los catálogos –como ha sostenido un eminente profesor de jurisprudencia²⁶– al servicio de intereses que no figuran en ellos. Constituyen, por

26 FINNIS, J., «Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalisation of the ECHR», en: BARBER, N. W., EKINS, R., y YOWELL, P., *Lord Sumption and the Limits of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 73-120.

consiguiente, un expediente interpretativo ilegítimo, y han contribuido a producir una especie de cultura jurídica líquida, particularmente acusada en el ámbito constitucional. Aunque, en el Derecho ambiental, los intereses a los que ha servido el activismo judicial del artículo 8 CEDH son más nobles que otras causas abanderadas a través del mismo precepto, la infidelidad al espíritu y finalidad de las normas no deja de ser un abuso.

3. Hecha la observación anterior, quisiera reiterar que la tutela indirecta de bienes colectivos por su impacto en los derechos individuales es adecuada, y puede extenderse a ámbitos más amplios que el Derecho ambiental. Como he señalado, las agresiones a «bienes colectivos» terminan produciendo, a la postre, daños en bienes individuales. Siempre que los bienes individuales afectados encuentren acomodo textual en un derecho individual catalogado como tal, y siempre que la conexión entre el daño al bien colectivo y el daño individual no sea excesivamente remota, la tutela indirecta puede ser defendible. Piénsese, por ejemplo, en los derechos lingüísticos de un pueblo. Aunque la lengua es, en sentido propio, un bien colectivo, un déficit de protección de los derechos lingüísticos podría afectar a los derechos individuales de los ciudadanos, v. gr., el derecho a recibir educación en la propia lengua.

4. Los títulos de intervención

Si hay una vía tradicional de tutela en lo que respecta a los bienes o derechos colectivos, es la de ser un título de restricción de las libertades individuales. No es preciso que me extienda mucho en ello, dado que le he dedicado suficiente espacio en el segundo epígrafe del artículo, al referirme a la asimetría que existe entre el amplio ámbito de protección de los derechos *prima facie* del individuo, de un lado, y las restricciones al servicio de derechos colectivos, de otro. Si, como recordó Isaiah Berlin, “la libertad del lucio es la muerte de los pececillos”²⁷, el Estado tiene un deber para con los pececillos de restringir la libertad del lucio; y si el Estado tiene un deber para con los pececillos de restringir la libertad del lucio, la restricción de la libertad del lucio habrá de ser –comoquiera que se articule técnicamente– un derecho de los pececillos²⁸.

27 «*Freedom for the pike is death for the minnows*» (BERLIN, I., «Two Concepts of Liberty», en: *Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 171; citando a R. H. Tawney).

28 *Cfr.* HOHFELD, *cit.*, pp. 36 y ss.

V. LA TUTELA NORMATIVA DEFICIENTE DE DERECHOS COLECTIVOS Y LOS LÍMITES DE LA ACCIÓN JURISDICCIONAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 24 DE JUNIO DE 2021

1. Como se desprende del epígrafe anterior, la tutela de bienes colectivos precisa, por lo general, de un desarrollo normativo previo que delimita y condiciona las posibilidades de actuación de la jurisdicción. La articulación normativa de los bienes colectivos tiene siempre, en efecto, un carácter complejo, razón por la que el foro judicial parece inadecuado para determinar con precisión los estándares más adecuados de tutela. La visión tradicional al respecto es que el control de la omisión normativa constituye un control de mínimos, un supuesto considerado excepcional, difícil de materializar.

En los últimos años, sin embargo, está emergiendo una jurisprudencia climática activa que, sobre la base de acuerdos internacionales adoptados por los Estados involucrados, dicta resoluciones controlando la inactividad de los órganos competentes para tutelar bienes colectivos y empujarlos a la acción. Sin perjuicio de un antecedente más bien remoto en la jurisprudencia norteamericana²⁹, el *leading case* al respecto ha sido el asunto *Urgenda c. Países Bajos*, que concluyó con una Sentencia del Tribunal Supremo neerlandés de 20 de diciembre de 2019. El Alto Tribunal condenó al Gobierno por violar los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como consecuencia de la insuficiencia de las medidas adoptadas para cumplir sus compromisos climáticos internacionales. El Estado debería reducir las emisiones de gases de efecto invernadero entre un 25% y un 40% para 2030, tomando como base 1990. No adoptando las medidas necesarias a tal efecto, estaría vulnerando los derechos humanos de los afectados por el cambio climático. Con posterioridad al caso *Urgenda* se han dictado Sentencias parcialmente similares en países como Francia³⁰, Irlanda³¹, o Australia³²,

29 Un primer antecedente al respecto lo encontramos en la Sentencia *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, de 2 de abril de 2007, en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó que la *Agencia de Protección Ambiental (EPA)* era competente para regular las emisiones de gases de efecto invernadero, y que no podía sustentar la negativa a dictar normas en su falta de competencia.

30 Sentencia del Tribunal Administrativo de París, de 14 de octubre de 2021 (*Affaire du Siècle*).

31 Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2020 (*Friends of the Irish Environment v. Ireland*).

32 Sentencia de la High Court de 8 de julio de 2021 (*Sharma and others v. Minister for the Environment*).

y en España está pendiente de decidirse un supuesto análogo ante el Tribunal Supremo³³.

Con todo, la decisión judicial reciente más importante en relación con la tutela de bienes ambientales es, a mi juicio, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la constitucionalidad de la Ley Federal de Protección del Clima (*Bundes-Klimaschutzgesetz: KSG*), de 12 de diciembre de 2019. La norma se enmarca en los compromisos adoptados por Alemania en el Acuerdo de París, firmado el 22 de abril de 2016, que le exigen alcanzar la neutralidad en emisiones de gases de efecto invernadero en el año 2050. Para lograrlo, el legislador establecía rutas de reducción de dióxido de carbono, así como cantidades de emisiones anuales permitidas por sector. Uno de los problemas que planteaba la ley impugnada era la ausencia de normas que regulasen la actualización progresiva de los objetivos de reducción a partir de 2031. Al respecto, tan sólo disponía que el Gobierno federal habría de determinar mediante decreto, en 2025, las cantidades decrecientes de emisiones anuales para períodos posteriores al año 2030.

A raíz de varios recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) interpuestos contra la norma, el Tribunal Constitucional Federal dictó Sentencia parcialmente estimatoria el 24 de marzo de 2021. Al decir del Tribunal, las cantidades permitidas hasta 2030 daban lugar a una restricción excesiva de las posibilidades de emisión con posterioridad a esta fecha. El recorte drástico en las emisiones que habría de producirse para evitar entonces un agravamiento de la crisis climática pondría en peligro “prácticamente todas las formas de libertad”³⁴. En efecto, “si una sociedad que está orientada hacia un estilo de vida de intensa emisión de CO₂ se ve obligada a cambiar a un comportamiento climáticamente neutro en un período de tiempo muy corto, es probable que las restricciones a la libertad sean enormes”³⁵. El legislador, por consiguiente, tendría que haber tomado medidas cautelares para garantizar una transición a la neutralidad climática respetuosa con la libertad.

2. En lo que respecta a la categorización de los derechos colectivos, los elementos más relevantes de la Sentencia alemana son, a mi modo de ver, los siguientes:

a) De un lado, el fallo parcialmente estimatorio no trae causa, en rigor, en la vulneración del mandato de protección medioambiental (art. 20a LFB), sino

33 El 17 de junio de 2021, varias organizaciones ecologistas interpusieron un recurso ante el Tribunal Supremo contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, aprobado el 16 de marzo de 2021.

34 STCF de 24 de marzo de 2021 (1 BvR 2656/18), párr. 117.

35 *Ibid.*, párr. 122.

en la lesión anticipada de las libertades fundamentales de los recurrentes, que habrán de verse afectadas como consecuencia del consumo, antes de 2030, del presupuesto de carbono disponible hasta 2050 –fecha en que debe alcanzarse la neutralidad climática–:

- (1) La tutela de los derechos colectivos aparece conectada, por tanto, con *derechos individuales*; ya que, de otro modo, no sería posible el amparo.
- (2) Además, se pone de manifiesto que la preservación o el daño de *un* bien común afecta, respectivamente, a *multiplicidad* de bienes individuales. En su Sentencia, el Tribunal Constitucional Federal constata que “prácticamente todas las formas de libertad resultarán potencialmente afectadas, porque casi todos los ámbitos de la vida humana implican la emisión de gases de efecto invernadero”³⁶.
- (3) En este asunto, el deber de proteger el medio ambiente del artículo 20a LFB no sólo crearía un título de restricción de las libertades, sino una auténtica *obligación de restringirlas*: “las posibilidades de hacer uso de la libertad protegida por los derechos fundamentales de una manera que implique directa o indirectamente emisiones de CO₂ están limitadas por la Constitución, en tanto que dichas emisiones, tal como están las cosas actualmente, contribuyen de manera en gran parte irreversible al calentamiento global y, por disposición constitucional, el Legislador no puede aceptar, sin hacer nada, un avance *ad infinitum* del cambio climático”³⁷.
- (4) El Tribunal introduce, además, el concepto de “injerencia anticipada” en los derechos de los propios demandantes, una categoría con la que se ensancha el alcance de la tutela judicial: la decisión del Legislador permitiendo la emisión de ciertas cantidades de dióxido de carbono antes de 2030 “tiene un efecto similar al de una injerencia anticipada (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) en la libertad de los recurrentes, libertad que está ampliamente protegida por la Ley Fundamental, y requiere una justificación constitucional”³⁸. Sobre la base del concepto de injerencia anticipada, el Tribunal entiende que se ha llevado a cabo una afectación desproporcionada en las libertades futuras:

36 *Ibid.*, párr. 117.

37 *Ibid.*, párr. 185.

38 *Ibid.*, párr. 183.

“Del principio de proporcionalidad se desprende que no es posible permitir que una generación consuma una gran parte del presupuesto de CO₂ con una carga de reducción comparativamente leve si esto significa, al mismo tiempo, que a las siguientes generaciones se les impondrá una carga de reducción radical, exponiendo sus vidas a una pérdida considerable de su libertad, algo que los recurrentes describen como un “frenazo total”. En el futuro, es probable que incluso las graves pérdidas de libertad se justifiquen invocando el principio de proporcionalidad y el Derecho constitucional, a fin de proteger el clima. Debido a esta misma justificabilidad en el futuro, surge el riesgo de tener que aceptar entonces una considerable pérdida de libertad (...). Habida cuenta de que el curso de las cargas futuras sobre la libertad ya viene siendo determinado por las disposiciones que actualmente definen las cantidades de emisiones permitidas, los impactos sobre la libertad en el futuro deben ser proporcionales desde la perspectiva actual, en tanto que todavía sea posible cambiar de rumbo”³⁹.

Este párrafo resulta, a mi juicio, enormemente relevante, ya que manifiesta nítidamente la interconexión a la que venimos refiriéndonos, a lo largo de todo el trabajo, entre derechos individuales y derechos colectivos.

b) Uno de los aspectos que analiza la Sentencia es si se ha vulnerado el deber de proteger la vida (art. 2.2 LFB), en conexión con el mandato de tutela ambiental del artículo 20a LFB –conforme al cual “el Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida”–. Aunque la Sentencia descarta que se haya producido la lesión de estos preceptos, sus *obiter dicta* incluyen consideraciones importantes al respecto. Concretamente, el bien colectivo recogido en el artículo 20a LFB resulta determinante en la interpretación que hace del Tribunal del “deber iusfundamental de protección” (*grundrechtliche Schutzpflicht*) de la vida:

- (1) A juicio del Tribunal, el *deber iusfundamental de proteger la vida* “se proyecta también hacia el futuro”, y encierra “una obligación de protección frente a las generaciones futuras”. Se trata, por lo demás, de un deber tanto más apremiante “cuando están en juego procesos irreversibles”, como sucede con el cambio climático.
- (2) En segundo lugar, el Tribunal aclara que el deber iusfundamental de proteger la vida es un deber jurídico-objetivo, ya que las generaciones

39 *Ibid.*, párr. 192.

futuras “aún no tienen, en el presente, capacidad jurídica para ser titulares de derechos fundamentales”⁴⁰.

(3) En tercer término, el hecho de que la detención del cambio climático dependa de la cooperación internacional no supone una merma en las obligaciones jurídico-objetivas que, en virtud de los mandatos de proteger la vida y el medio ambiente, pesan sobre el Estado alemán. Más bien, lo que dichos mandatos implican para el Estado federal es la obligación de buscar una solución en el plano internacional⁴¹.

c) Hay que añadir, por último, que, en su Sentencia, el Tribunal Constitucional Federal se refiere explícitamente al margen de configuración del legislador en la fijación de los estándares concretos de protección ambiental: “en principio, no les corresponde a los tribunales derivar de la redacción abierta del artículo 20a LF unos límites cuantificables concretos de calentamiento global, ni las cantidades de emisiones o los objetivos de reducción correspondientes”. No obstante, añade que, “al mismo tiempo, el art. 20a LF no puede quedar vacío como mandato de protección climática. Al respecto, le corresponde al Tribunal Constitucional Federal garantizar que se mantengan los límites del art. 20a LF”⁴².

3. La nueva jurisprudencia climática, y muy en particular la Sentencia citada del Tribunal Constitucional Federal, ha puesto de manifiesto una nueva actitud de control, más intenso, del cumplimiento de las obligaciones constitucionales de protección de bienes colectivos. Desde mi punto de vista, los principios más relevantes de esta nueva jurisprudencia son los siguientes:

a) De un lado, aunque no puede decirse que el Tribunal haya fijado concretamente la normativa protectora, es obvio que se ha atribuido la competencia de determinar, con una actitud fiscalizadora real, y no meramente hipotética, umbrales de tutela de bienes colectivos a los que el legislador está obligado a amoldarse.

b) Además, el Alto Tribunal alemán exprime las conexiones entre bienes colectivos –concretamente, el medio ambiente– y derechos individuales:

40 *Ibid.*, párr. 146.

41 *Ibid.*, párrs. 149 y 199.

42 *Ibid.*, párr. 207.

- (1) En lo que respecta a los derechos de los recurrentes, no duda en hablar de una injerencia anticipada como consecuencia de la insuficiencia de las medidas adoptadas.
- (2) En lo que respecta a las generaciones futuras, aunque les niega la titularidad de derechos fundamentales, las hace objeto de la tutela que dispensa la dimensión objetiva de los derechos.
- (3) Por último, el propio contenido ecológico de los derechos fundamentales resulta intensificado a partir de su lectura a la luz del artículo 20a LFB, que recoge el mandato de protección del medio ambiente y de las generaciones futuras.
- (4) En fin, la interdependencia misma de nuestras sociedades, así como la propia naturaleza de los bienes ambientales, confiere a los derechos una dimensión internacional. En este sentido, el contenido ecológico de los derechos aparece vinculado a los estándares internacionales y al juicio de la mayoría de la comunidad científica; y el mandato de actuación positiva supone, igualmente, un deber constitucional de actuación del Estado en el plano internacional.

VI. CONCLUSIÓN

De alguna manera, la Sentencia alemana sobre la Ley de Protección del Clima constituye un ejemplo de la urgencia y, al mismo tiempo, de las dificultades a las que se enfrenta la tutela de los bienes colectivos. La interdependencia de los bienes comunes y los bienes privados se está revelando con una intensidad que, de algún modo, cierta mentalidad individualista ha mantenido oculta por mucho tiempo. A la vez, sin embargo, se pone de relieve que los tribunales están sujetos a límites que no pueden transgredir, so pena de convertirse en órganos políticos. Lo propio del juez es aplicar un Derecho previamente establecido; un Derecho que incluye, ciertamente, principios generales, pero que no puede ser simplemente creado por el Tribunal.

La determinación de los límites constitucionales a los que está sujeto el legislador *si* es competencia de la justicia constitucional. En este plano, el bien colectivo medioambiental ha conducido al Tribunal Constitucional Federal alemán a expresar al máximo sus posibilidades. Resulta difícil emitir una opinión bien fundada acerca de la corrección de una decisión que se sustenta, en última instancia, en valoraciones que a su vez dependen de veredictos científicos impenetrables para el lego. La aquiescencia a las decisiones que se adoptan en estos ámbitos está envuelta en un halo de fe: una fe razonable, en cuanto que las resoluciones judiciales se remiten a opiniones expertas; pero una fe en la que no faltan resquicios

de legítima duda, ya que las opiniones seleccionadas, y los propios criterios de selección, no son inmunes al error ni a la presión ambiental.

En el caso enjuiciado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el propio criterio considerado determinante para declarar la inconstitucionalidad —la ausencia de previsiones legales para actualizar las restricciones a partir de 2031, sin perjuicio de que se había abierto la vía a actualizaciones reglamentarias— parece dudoso. Es inevitable cierta impresión de una voluntad de autoafirmación del propio Tribunal, declarando inconstitucional un aspecto que, en el fondo, deja intactos los elementos esenciales de la obra del legislador. En este sentido, la actuación del Tribunal de Karlsruhe —y algo análogo puede decirse de otros casos de justicia climática— parece perseguir efectos que trascienden el asunto concreto. Con ella, pretende impulsarse una sensibilidad y una preocupación climática en los actores políticos; que son, en último término, las instancias primariamente encargadas de desarrollar positivamente, de manera verdaderamente eficaz, la protección de los bienes colectivos.

Quisiera concluir estas páginas, por último, reiterando que los bienes comunes no se agotan en el medio ambiente, el consumo o el acceso a los recursos naturales. Entre ellos se incluyen igualmente bienes culturales de importancia vital para la comunidad. Dentro de los bienes culturales, además, tampoco podemos limitarnos a afirmar, de manera autorreferencial, la identidad de las minorías frente a las restricciones externas de las comunidades superiores; sino que es preciso tomar conciencia de que determinadas restricciones de la libertad individual resultan imprescindibles para la tutela de los derechos colectivos. La protección de los derechos colectivos inmateriales, indispensables para el florecimiento de la comunidad, nos exige reconsiderar, muy en particular, desviaciones individualistas como la definición, excesivamente amplia a mi parecer, de las posiciones *prima facie* de derechos individuales abstractos como la privacidad. Como ya he explicado al referirme al problema de los vientres de alquiler, ello conduce a una expansión indebida de sus contornos en detrimento de las restricciones legítimas que preservan el bienestar del conjunto de la ciudadanía.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1986.
- BERLIN, I., «Two Concepts of Liberty», en: *Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CALLIES, C., *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

- CAPPELLETTI, M., «Vindicating the Public Interest Through Courts», en: *Buffalo Law Review*, 25, 1976.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- FINNIS, J., «Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalisation of the ECHR», en: BARBER, N. W., EKINS, R., y YOWELL, P., *Lord Sumption and the Limits of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 73-120.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre los derechos públicos subjetivos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6, 1975.
- GEORGE, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- GLENDON, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991.
- HANDL, G., «Human Rights and the Protection of the Environment: A Mildly Revisionist View», en: CANÇADO TRINIDADE, A. A. (ed.), *Human Rights, Sustainable Development and the Environment*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1995.
- HOHFELD, W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1920.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- MACINTYRE, A., *Dependent Rational Animals*, Open Court, Chicago y La Salle, 1999.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.
- SCHMIDT-ABMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2ª edición, Heidelberg, 2004.
- VERMEULE, A., *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Cambridge, 2022.

