



EL ESTADO DEL LITIGIO EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO UNA REVISIÓN GLOBAL

**EL ESTADO DEL LITIGIO EN
MATERIA DE CAMBIO
CLIMÁTICO
UNA REVISIÓN GLOBAL**

En cooperación con



SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW

El estado del litigio en materia de cambio climático

© Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, mayo 2017
El estado del litigio en materia de cambio climático - una revisión global
ISBN No.: 978-92-807-3656-4
Job No: DEL/2110/NA

Reconocimientos

Esta publicación es una colaboración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (ONU Medio Ambiente) y el Sabin Center for Climate Change Law de la Universidad de Columbia en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América. La redacción del informe estuvo a cargo de Michael Burger, Director Ejecutivo del Sabin Center for Climate Change Law, y Justin Gundlach, Climate Change Law Fellow en el Sabin Center for Climate Change Law. La revisión final crítica y consolidación del borrador estuvo a cargo y bajo la supervisión de Arnold Kreilhuber, Director de la Unidad de Derecho Ambiental Internacional, Lara Ognibene, Responsable Jurídico, Angela Kariuki, Asistente Jurídica, y Alvin Gachie, Asistente Jurídico, con la División Jurídica de ONU Medio Ambiente.

La traducción de este informe fue posible gracias a la generosa contribución de la Fundación Heinrich Böll.

HEINRICH BÖLL STIFTUNG

Un agradecimiento especial a Catalina Pizarro, Asesora Legal, Unidad Legal con la División de Servicios Corporativos, ONU Medio Ambiente, que llevó a cabo la revisión final de la versión en español de este informe.

Reproducción

Esta publicación puede ser reproducida en su totalidad o en parte por cualquier medio cuando sea por propósitos educativos y sin fines de lucro, sin que se tenga que solicitar permiso especial al titular de los derechos de autor, habida cuenta de que se haga el reconocimiento debido a la fuente del material. ONU Medio Ambiente apreciaría recibir una copia de cualquier publicación que use este material como fuente. Queda prohibida la reventa de esta publicación o su uso con fines comerciales sin el permiso previo y por escrito del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. La solicitud de permiso manifestando el propósito deberá ser enviado a: Communications Division, UN Environment Programme, P.O. Box 30552 – 00100 Nairobi, Kenya. Queda prohibido utilizar información contenida en este documento con propósitos de publicidad.

Aviso legal

Las designaciones aquí empleadas y la presentación del material en esta publicación no implican la manifestación de opinión alguna por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas o del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente con respecto al estatus legal de un país, territorio, ciudad o área ni de sus autoridades, tampoco en relación con la delimitación de sus zonas limítrofes o fronteras. De igual forma, las perspectivas aquí expresadas no necesariamente representan la decisión o la política manifiesta de la Secretaría de las Naciones Unidas o del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y citar nombres comerciales no significa apoyo de forma alguna. Lamentamos cualquier error que podamos haber cometido inadvertidamente.

Producción a cargo de

División Jurídica
ONU Medio Ambiente
P.O. Box 30552 - 00100, Nairobi, Kenia
Tel: +254 20 762 336 5
Correo electrónico: law.director@unep.org
www.unep.org

Impresión
Imprenta: ONUN, Sección de Servicios de Publicaciones, Nairobi, ISO 14001:2004-certificado
D1 No: 17-02953/100

Contenido

| | |
|---|-----------|
| Resumen ejecutivo | 4 |
| Introducción | 6 |
| Parte 1 La importancia del litigio en materia de cambio climático | 7 |
| Parte 2 El estado del litigio en materia de cambio climático | 10 |
| 2.1 Un estudio sobre litigio en materia de cambio climático | 11 |
| 2.2 Tendencias del litigio en materia de cambio climático | 14 |
| 2.2.1 Exigir que los gobiernos cumplan sus compromisos legislativos y de políticas | 15 |
| 2.2.2 El impacto de la extracción de recursos y su vínculo con el cambio climático y la resiliencia | 18 |
| 2.2.3 Establecer que particulares emisiones son la causa inmediata de particulares impactos adversos del cambio climático | 20 |
| 2.2.4 Establecer responsabilidad por la falta de adaptación y los impactos de la adaptación | 22 |
| 2.2.5 Aplicar la doctrina del fideicomiso público al cambio climático | 24 |
| 2.3 Tendencias emergentes del litigio en materia de cambio climático | 25 |
| 2.3.1 “Refugiados ambientales” | 25 |
| 2.3.2 Más litigación en el Sur mundial | 26 |
| Part 3. Aspectos jurídicos del litigio en materia de cambio climático | 27 |
| 3.1 Justiciabilidad | 27 |
| 3.1.1 Derecho de acción | 28 |
| 3.1.2 Separación o equilibrio de poderes | 29 |
| 3.2 Fuentes de los derechos y deberes legales | 30 |
| 3.2.1 Derecho internacional | 30 |
| 3.2.1.1 Derechos Humanos | 30 |
| 3.2.1.2 Legislación sobre refugiados | 32 |
| 3.2.2 El derecho a un medioambiente limpio o saludable | 32 |
| 3.2.3 Derecho anglosajón: agravio, molestia y negligencia | 34 |
| 3.2.4 Autoridad legal y política nacional | 36 |
| 3.2.5 Enfoques híbridos: el deber de velar por y el fideicomiso público | 38 |
| 3.3 Reparaciones/objetivos | 39 |
| Conclusiones | 40 |

Resumen ejecutivo

En el último decenio ha crecido el número, especificidad e importancia de las leyes que codifican la respuesta nacional e internacional al cambio climático. En la medida que dichas leyes reconocen nuevos derechos y crean nuevos deberes, ha surgido la litigación que busca impugnar su aparente validez (facial validity) o su particular aplicación. De igual manera, la litigación ha buscado presionar a legisladores y a responsables de formular políticas para que sean más ambiciosos y exhaustivos en su enfoque hacia el cambio climático. Asimismo, la litigación busca llenar el vacío que dejó la inacción legislativa y de órganos regulatorios. Como resultado, los tribunales se encuentran juzgando un creciente número de disputas sobre medidas tomadas –o no tomadas– en relación con esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.

Este informe presenta a jueces, defensores, investigadores y a la comunidad internacional un examen de la situación que guarda el litigio a escala mundial en materia de cambio climático, una panorámica de las tendencias en la litigación y una descripción de temas clave que se presentan ante los tribunales y que se espera que resuelvan en el curso de los casos vinculados al cambio climático. Un propósito de este informe es contribuir a la comprensión que los jueces tienen de la naturaleza y metas de los diferentes tipos de casos que involucran asuntos de cambio climático, los temas frecuentes en estos tipos de casos y cómo las particularidades de los contextos políticos, jurídicos y ambientales influyen en su resolución. Otra meta es contribuir a un lenguaje común entre los especialistas que en todo el mundo buscan responder ante el cambio climático a través de los tribunales.

La primera parte de este informe describe las circunstancias ambientales, diplomáticas y políticas que hacen que los esfuerzos de litigación en materia de cambio climático adquieran particular importancia en este momento:

- Impactos tales como olas de calor y destructivas tormentas costeras están creciendo en frecuencia y severidad como resultado de las emisiones ocasionadas por los seres humanos. Los costos de estos impactos son significativos para los gobiernos, los actores privados y las comunidades que tienen que enfrentarlos.
- Los legisladores en los planos nacional e internacional han luchado por desarrollar medios efectivos para enfrentar las causas subyacentes y los efectos del

cambio climático. Políticas para la mitigación y adaptación al cambio climático han aparecido lentamente, y, con frecuencia, han establecido metas con base en factibilidades políticas y no con base en el consenso de una comprensión científica de lo que se requiere para estabilizar el clima a un nivel aceptable.

- Legisladores en los ámbitos nacional e internacional han creado ciertos marcos jurídicos para responder eficazmente ante el cambio climático. Muchas naciones cuentan con legislación o políticas para enfrentar aspectos relativos al problema climático, mientras que el Acuerdo de París establece un catálogo de compromisos nacionales con el objetivo de evitar que el calentamiento global promedio supere 1.5°C y 2°C. Los litigantes han comenzado a recurrir a esta codificación al argumentar la suficiencia o insuficiencia de los esfuerzos realizados por los gobiernos nacionales para proteger los derechos individuales frente al cambio climático y sus impactos.

La segunda parte de este informe proporciona un examen de la situación del litigio en materia de cambio climático y una discusión de tendencias evidentes y emergentes:

- Los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales están demandando a sus gobiernos, exigiendo que asuman responsabilidad por los compromisos relacionados con el clima que adoptaron. En muchos casos, los argumentos que se presentan para impugnar la aplicación o falta de aplicación de medidas por parte de los gobiernos incluyen referencias a disposiciones constitucionales y estatutarias no específicas al cambio climático. En dichos casos, referencias a acuerdos ambientales internacionales que incorporan tanto objetivos científicos como políticos, a menudo respaldan la demanda.
- En muchos casos, las impugnaciones a un proyecto o política identifican relaciones entre extracción de recursos e impactos vinculados al clima, sea por emisiones debidas a la combustión de combustibles fósiles extraídos o por entorpecer la capacidad de resiliencia y adaptación. Esas impugnaciones buscan hacer que dichos vínculos sean jurídicamente significativos y merecedores de consideración o bien obligar a un enfoque alternativo al manejo de recursos naturales.
- Con base en una comprensión científica de la relación entre emisiones y cambio climático, que los

El estado del litigio en materia de cambio climático

legisladores (con notables excepciones) han adoptado generalmente como confiable, varias demandas buscan establecer la responsabilidad de entidades que generan emisiones con pleno conocimiento de los efectos que ello tiene sobre el clima global.

- Se ha mejorado la comprensión técnica del cambio climático y la calidad de la predicción de futuras temperaturas y patrones climáticos. Al reconocer que los esfuerzos de adaptación no se han mantenido a la par de esta mejora, los litigantes presentan demandas que buscan establecer responsabilidades cuando la ausencia de adaptación resulta en daños materiales previsibles.
- Los litigantes formulan sus alegatos a favor de medidas climáticas con base en la doctrina del fideicomiso público; es decir, de la confianza que la población de una nación deposita en el Estado como responsable y garante de la integridad de los recursos para futuras generaciones. Dichas demandas hacen surgir preguntas con respecto a derechos fundamentales de los individuos y la equidad intergeneracional, y con respecto a preocupaciones relativas al equilibrio entre los poderes judicial, legislativo y ejecutivo o las funciones de los gobiernos.
- Reconociendo que las presiones ambientales graduales tanto como las agudas empujan a los individuos y a las comunidades a emigrar, observaremos que los impactos del cambio climático generarán emigración interna en los países y entre países. Se han presentado demandas para resolver situaciones surgidas a causa de dichas emigraciones y lo más probable es que se presenten más.
- A la fecha, la mayor parte de los litigios en materia de cambio climático se presenta en los países desarrollados del hemisferio norte, y en Australia y Nueva Zelanda. Sin embargo, los litigantes y tribunales en el Sur mundial ya comienzan a recurrir al creciente número de teorías de litigación del cambio climático y cómo utilizarlas.

La tercera parte describe tres categorías de aspectos jurídicos que tienden a estar en disputa entre los litigantes en materia de cambio climático:

- *Justiciabilidad*: Establecer si un caso es justiciable — es decir, si un tribunal tiene competencia o no para escuchar y resolver la demanda interpuesta — , gira

en torno a la posición del demandante y del papel del tribunal en relación con los otros poderes del Estado. Si bien los estándares varían, por lo general los tribunales solo admiten los casos si el vínculo causal alegado entre el daño y la acción (*u omisión*) es verosímil. En los casos relativos al cambio climático, esto representa para la parte querellante una carga de la prueba alta. En lo que respecta a la división de poderes, particularmente en los casos donde se pide que un tribunal evalúe la omisión por parte de una agencia gubernamental, los tribunales tienen que poder articular qué autoridad las faculta para declararla responsable u ordenar que la agencia en cuestión revise su enfoque.

- *Fuentes de obligaciones climáticas*: El litigio en materia de cambio climático puede recurrir a varias fuentes jurídicas, incluido el derecho internacional, disposiciones constitucionales, estatutos o el derecho anglosajón (*common law*). En algunos casos, los demandantes identifican más de una o una combinación de ellas como base jurídica de sus demandas. En casos donde una disposición estatutaria establece compromisos de mitigación ante el cambio climático y dicho estatuto también faculta a los ciudadanos para que entablen una demanda por incumplimiento de obligaciones, la tarea que implica aplicar la ley a los hechos alegados es muy directa. Sin embargo, en casos donde los demandantes solicitan a un tribunal que haga uso de una facultad jurídica que no contempla expresamente su aplicación al cambio climático, la tarea se dificulta y los tribunales son más cautelosos tratando de evitar invadir el terreno legislativo.
- *Reparación*: Los tribunales solo pueden ofrecer reparaciones o remedios autorizados por ley. Si la reparación buscada es la aplicación de una medida climática más drástica por parte de una agencia gubernamental, los tribunales deben identificar las bases para instruir a la agencia en cuestión que cumpla con dicha medida o de otra forma especificar cómo exactamente dicha agencia debe alterar su enfoque.

A lo largo de este informe incluimos resúmenes de casos muy significativos, que proporcionan una diversidad con respecto a la situación presente del litigio en materia de cambio climático; también ilustran las circunstancias, tendencias y problemáticas que se discuten en las partes 1, 2 y 3.

Introducción



En el decenio de 2010 la legislación que codifica las respuestas nacionales e internacionales ante el cambio climático ha crecido en número, especificidad e importancia.¹ Conforme esta legislación ha reconocido nuevos derechos y crea nuevos deberes, la litigación que busca impugnar su aparente validez (facial validity) o aplicación particular ha seguido. De igual forma, la litigación que se enfoca en presionar a los legisladores y los responsables de formular políticas para que sean más ambiciosos y exhaustivos en sus enfoques hacia el cambio climático ha seguido; lo mismo que la litigación que busca llenar los vacíos que ha dejado la omisión legislativa y normativa. Este informe examina el estado actual de la litigación mundial en materia de cambio climático y ofrece a jueces, abogados litigantes, investigadores y a la comunidad internacional una panorámica de las tendencias y asuntos que abordan las demandas en la esfera del cambio climático.

La primera parte de este informe pone de manifiesto las circunstancias que hacen que los esfuerzos de litigación del cambio climático adquieran especial importancia en este preciso momento; especialmente el creciente sentido de urgencia que adquiere la crisis climática, la ratificación y entrada en vigor el Acuerdo de París en el contexto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (el "Acuerdo de París"), y la inclusión de

la acción por el clima como uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que enumera el documento de las Naciones Unidas *Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. (La acción por el clima también es un elemento transversal vital para muchos de los otros ODS.) La segunda parte proporciona una instantánea del estado actual de la litigación mundial en la esfera del cambio climático, asimismo describe un número de tendencias actuales sobresalientes y de posibles tendencias futuras. La parte 3 discute los aspectos jurídicos recurrentes que aparecen en la litigación en materia de cambio climático en todo el mundo. Hacer una categorización estricta y comprehensiva es una tarea difícil debido a la diversidad de los sistemas jurídicos del mundo, que adoptan varios enfoques hacia las áreas jurídicas sustantivas interconectadas que constituyen la legislación del cambio climático, a saber: derecho ambiental, legislación sobre recursos naturales, legislación sobre energía y uso de la tierra, así como el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho anglosajón. No obstante, esta sección ofrece a los juristas, investigadores y otras personas interesadas una introducción a los aspectos comunes que surgen en los casos relativos al cambio climático, al tratar de determinar su justiciabilidad, interpretar derechos y deberes jurídicos, y proporcionar reparación. Resúmenes de casos altamente significativos aparecen a lo largo de este informe, poniendo en contexto estas circunstancias, tendencias y aspectos.

¹ E. Somanathan et al., *National and Sub-national Policies and Institutions*, en *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III [WG3] to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 1049, 1050–1051* (O.R. Edenhofer et al. eds., 2014) [en adelante IPCC AR5].

Parte 1. La Importancia del litigio en materia de cambio climático



Fuente: Naciones Unidas, Departamento de las Naciones Unidas de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible

Las concentraciones de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera ya rebasaron los niveles que muchos científicos consideraban seguros, lo que coloca en peligro a las poblaciones de todo el mundo. Los extraordinarios riesgos que implica el cambio climático están bien establecidos. El nivel de los océanos se incrementa, generando mayores cantidades de agua que alimenta las tormentas costeras que destruyen las costas y amenazan abrumar a las comunidades costeras y pequeñas naciones insulares.² Las temperaturas promedio se incrementan y las oleadas de calor son de mayor duración e intensidad, amenazando con poner al límite la infraestructura y los sistemas agrícolas, y amenazando directamente la salud humana.³ Además tormentas más poderosas, de mayor duración y sequías más severas, junto con acidificación de los océanos ya comenzaron a alterar economías locales y regionales que dependen del acceso predecible a recursos y mercados específicos.⁴ La necesidad de abordar estos riesgos constituye el núcleo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, de la visión que la comunidad internacional tiene de un futuro sostenible para el planeta y sus habitantes. A pesar de ello y del amplio consenso científico con respecto a las

causas humanas del cambio climático y los riesgos de las consecuencias del impacto climático que se ciernen sobre las comunidades humanas, y a pesar del consenso internacional manifestado en el Acuerdo de París y los ODS, el avance hacia soluciones efectivas ha sido lento.

La comunidad internacional ha topado con dificultades en la lucha contra el cambio climático debido a que es un problema de política "súper perverso", capaz de resistir incluso los esfuerzos más decididos de los responsables de formular políticas.⁵ Son tres las características que hacen del problema algo "súper perverso": primero, deviene menos manejable conforme pasa el tiempo, es decir, entre más GEI emitimos más comprometidos estamos en continuar con las emisiones, el problema se torna más severo y hay menos probabilidades de que encontremos una solución aceptable. Segundo, los actores que se encuentran en mejor posición para enfrentar el cambio climático son los principales responsables del mismo y carecen de incentivos para tomar medidas. El problema empeora debido a una importante asimetría: quienes no tienen incentivos para mitigar el cambio climático, como las empresas que tienen concesiones para extraer carbón y otros combustibles fósiles, tienden a tener intereses concentrados y buen acceso a información pertinente; por su parte, quienes tienen mayores probabilidades de ser quienes carguen con el peso de la adaptación (incluidos los millones de personas que habitan en las comunidades costeras) tienen incentivos difusos y generalmente carece de información pertinente, por

2 John A. Church y Peter U. Clark *et al.*, cap. 13: Sea Level Change, en IPCC AR5.

3 Thomas Bruckner, Igor Alexeyevich Bashmakov, Yacob Mulugetta, *et al.*, cap. 7: Energy Systems, en IPCC AR5; Kirk R. Smith y Alistair Woodward, *et al.*, cap. 11: Human Health: Impacts, Adaptation, and Co-Benefits, en IPCC AR5.

4 IPCC, Climate Change 2014: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to IPCC AR5, at 64–73 (2014) [en adelante IPCC SR5].

5 Richard J. Lazarus, *Super wicked problems and climate change: Restraining the present to liberate the future*, 94 Cornell L. Rev. 1153, 1160 (2009).

El estado del litigio en materia de cambio climático

ejemplo, sobre los costos y beneficios de enfoques alternos a los combustibles fósiles para la energía y el transporte. Tercero, ninguna institución tiene jurisdicción ni autoridad pertinente para responder a un problema de dimensiones mundiales. En consecuencia, los esfuerzos que buscan mitigar los efectos del cambio climático —y en menor medida los esfuerzos de adaptación— generalmente son vistos como caros, innecesarios, fútiles y remotos en relación con las políticas que generan beneficios económicos inmediatos y que son políticamente más populares.

En el plano internacional, la naturaleza “súper perversa” del problema del cambio climático la podemos observar en la insuficiente participación de la comunidad internacional en el Protocolo de Kioto⁶ y, más recientemente, la insuficiente aportación vía las contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional (INDC, por sus siglas en inglés) presentadas previo a la Conferencia de París, y las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés) que se presentaron posteriormente, con el objetivo de reducir las concentraciones atmosféricas de GEI a una velocidad suficiente para mantener la estabilidad climática.⁷ En el plano nacional, recientemente Estados Unidos revivió su histórica ambivalencia para enfrentar el cambio climático y ello destaca como un ejemplo especialmente significativo de las coaliciones políticas que se esfuerzan por alcanzar un cambio de políticas pero sin conseguirlo. Sin embargo, Estados Unidos no es el único en no formular ni aplicar políticas que respondan con coherencia al cambio climático.

Se puede sostener que la litigación es, como nunca, una herramienta fundamental para impulsar a los responsables de formular políticas y actores del mercado a diseñar y aplicar políticas como medio efectivo de mitigación y adaptación ante el cambio climático. No se puede contar con que los avances tecnológicos e iniciativas políticas no relacionadas con

el cambio climático/no climáticas ayuden a evitar la desestabilización climática. En consecuencia, la legislación y políticas relacionadas con el cambio climático son un componente necesario de cualquier plan de acción racional. El Acuerdo de París constituye un fundamento jurídico crucial para impulsar que los gobiernos que han adoptado leyes orientadas al clima las apliquen. Hasta la ratificación del Acuerdo de París, ningún instrumento internacional abordó de forma tan completa el problema de coordinar la acción internacional para reducir las emisiones de GEI.⁸ La ciudadanía de países distintos a los de la Unión Europea (UE) no pudieron indicar una autoridad más allá de la constitución particular de su país, derecho consuetudinario o estatutos —o acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados— para enmarcar las medidas climáticas tomadas en dichos países en un contexto jurídico y práctico significativo.⁹ El Acuerdo de París permite que la ciudadanía articule de forma más precisa y con mayor fuerza las preocupaciones con respecto a la falta de coherencia entre las políticas actuales y las que se requieren para alcanzar los objetivos de mitigación y adaptación. En los países que han ratificado el acuerdo, su ciudadanía puede argumentar que la retórica política de sus gobiernos sobre derechos y objetivos ahora debe estar respaldada por medidas específicas políticamente poco populares, como restringir el desarrollo urbano costero, restringir los proyectos de termoeléctricas e imponiendo costos de producción e impuestos a actividades que descansen en combustibles fósiles. La presentación de demandas en países cuyos gobiernos han dado prioridad expreso al desarrollo (como Paquistán)¹⁰ y en países que enfrentan de forma activa el cambio climático (como Países Bajos, Suecia y Suiza) muestra que, en ocasiones, ello significa recurrir a los tribunales para impulsar una medida específica.¹¹

¿El Acuerdo de París ha cambiado el papel que puede desempeñar la litigación? En general, la legislación expresa una maraña de acuerdos entre los ciudadanos y entre éstos y sus gobiernos. La litigación permite probar si las medidas o las omisiones específicas resultan compatibles con dichos acuerdos. La litigación también permite articular de qué forma compromisos declarados para defender derechos particulares deben traducirse en medidas, sin importar la dirección cambiante de los vientos políticos en el ámbito nacional o internacional.

6 Véase O. Edenhofer, *et al.*, *Technical Summary*, en *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III to IPCC AR5*, en 33, 104 (O. Edenhofer et al., eds. 2014) (“El Protocolo de Kioto fue el primer paso de carácter vinculante hacia la instrumentación de los principios y metas del CMNUCC, sin embargo, tiene efectos limitados en las emisiones mundiales de GEI debido a que algunos países no ratificaron el Protocolo, algunas Partes no cumplen con sus compromisos y sus compromisos solo afectan apenas una porción de la economía planetaria (*evidencia media, bajo acuerdo*).”). [Nuestra traducción]

7 CMNUCC, Efecto agregado de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional: informe actualizado, FCCC/CP/2016/2, en gráfica 2, p. 13 (mayo 2016), http://unfccc.int/documentation/documents/advanced_search/items/6911.php?preref=600008946.

8 Cabe destacar que el Acuerdo de París no aborda las emisiones del transporte aéreo o marítimo.

9 Véase *infra* la sección 2.2.1.

10 Contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional, Paquistán, 6 de nov., 2016, <https://perma.cc/QJH8-9EXM> (solo en inglés).

11 Véase *infra* las secciones 2.2.1 y 2.2.2.

El estado del litigio en materia de cambio climático

Los términos del Acuerdo de París no ofrecen a los litigantes una causal de acción o la imposición de límites de emisiones nacionales (legalmente ejecutables) a los países miembro. Lo que sí permite a los litigantes es colocar las medidas adoptadas por sus gobiernos o entidades privadas en un contexto internacional de políticas para el cambio climático. Colocar las medidas nacionales o regionales en un contexto internacional

facilita, a su vez, caracterizar dichas medidas a favor o en contra de las necesidades ambientales o en congruencia o no con los compromisos políticos declarados. En última instancia, si bien el Acuerdo de París no asigna a cada país un presupuesto de carbono, sí proporciona una base para deducir un presupuesto a partir de los compromisos nacionales; también deja en claro que no se favorece a las políticas que conducen al incremento neto de emisiones.

Parte 2. El estado del litigio en materia de cambio climático



Esta parte proporciona un resumen del estado actual del litigio en materia de cambio climático (o litigación del cambio climático),^{12*} incluyendo la ubicación de los juicios, su categorización y tendencias recientes y emergentes. Considera como “litigios del cambio climático” aquellos casos que han sido llevados ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho de aspectos científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.¹³ Suele identificarse a dichos caso mediante palabras clave como *cambio climático*, *calentamiento global*, *cambio global*, *gases de efecto invernadero*, *GEL* y *subida del nivel del mar*. No obstante, la presencia de una o más palabras clave

no necesariamente es una condición de inclusión.¹⁴ Su presencia tampoco es determinativa (casos que solo hacen una referencia ocasional al hecho del cambio climático, sus causas o sus efectos, no necesariamente abordan de forma directa o significativa las leyes, las políticas o acciones que obligan, apoyan o facilitan la mitigación o adaptación al cambio climático). Finalmente, tampoco quedan incluidos casos que buscan alcanzar metas relativas al cambio climático aun cuando no hacen referencia a aspectos del cambio climático. Por ejemplo, las demandas que buscan limitar la contaminación del aire ocasionada por las termoeléctricas alimentadas con carbón que no presentan directamente cuestiones de hecho o de derecho relativos al cambio climático, no entran como “litigación del cambio climático” para los propósitos de este estudio. En consecuencia, este

12 * Véase nota 11, *infra*. Nota de Traductor.

13 Cf. Meredith Wilensky, *Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation*, 26 Duke Envtl. L. & Pol’y Forum 131, 134 (2015); (adopta la definición de “litigación del cambio climático” [*climate change litigation*] que formularon David Markell y J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, 64 Fla. L. Rev. 15, 27 (2012): “cualquier acción federal, estatal o local, administrativa o judicial en la cual... las decisiones de un tribunal planteen directa y expresamente una cuestión de hecho o de derecho con respecto a la sustancia o políticas de cambio climático, causas e impactos.” [Nuestra traducción]). Esta definición también orienta la recopilación de casos que se incluyen en la Tabla de Litigación del cambio climático en países distintos a Estados Unidos, del Sabin *Center for Climate Change Law*, disponible en línea en <https://perma.cc/8CKE-KMQU> (solo en inglés, accedido el 3 de marzo, 2017), así como la base de datos de *Climate Change Laws of the World*, que mantienen conjuntamente el Sabin *Center for Climate Change Law* y el Grantham Research Institute en la *London School of Economics*.

14 Por ejemplo, el caso australiano *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council* no utilizaba ninguno de dichos términos, aunque tenía que ver con la cuestión absolutamente pertinente de la responsabilidad de un gobierno local por la decisión que tomara en relación con su política de abandono controlado de la costa ante la subida en el nivel del mar. [2016] NSWSC 169. El hecho de que un tribunal desestimó una moción de destitución que presentó el Consejo de Shire y sus aseguradoras, en marzo de 2016, llevó a las partes a negociar un acuerdo que cerraron en agosto de 2016. Hans Lovejoy, *How a handful of wealthy Belongil residents won the right to keep their seawalls*, Echo Net Daily, 24 de agosto, 2016, <https://perma.cc/HXF9-PXV5> (solo en inglés). Ni la desestimación de la moción de destitución que emitió el tribunal ni el acuerdo celebrado entre las partes establece si la localidad es responsable o no de cualquiera de las cuestiones que presentaron en sus alegatos los demandantes, titulares de terrenos playeros que querían proteger sus terrenos costeros y que se opusieron a la política del gobierno local de abandonar de forma controlada la costa.

El estado del litigio en materia de cambio climático

informe excluye casos donde la discusión sobre el cambio climático es circunstancial e irrelevante para el futuro de la legislación relativa al cambio climático.

2.1 Un estudio sobre litigio en materia de cambio climático

Hasta marzo de 2017 se habían presentado litigios del cambio climático en 24 países (25 si uno cuenta la Unión Europea), con 654 casos tan solo en Estados Unidos y poco más de 230 casos en otros países.¹⁵

Con respecto a los litigios en países distintos a Estados

Unidos tenemos que: Australia es el siguiente país donde se han presentado más demandas (80); Reino Unido y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han visto casi la mitad de los casos australianos (49 y 40 respectivamente); Nueva Zelanda y España han visto tanto como una quinta parte de los casos australianos (16 y 13 respectivamente), mientras que ha habido cuatro o menos casos presentados en Alemania, Austria, Bélgica, Colombia, Francia, Grecia, India, Irlanda, Las Filipinas, Micronesia, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Paquistán, República Checa, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania.¹⁶

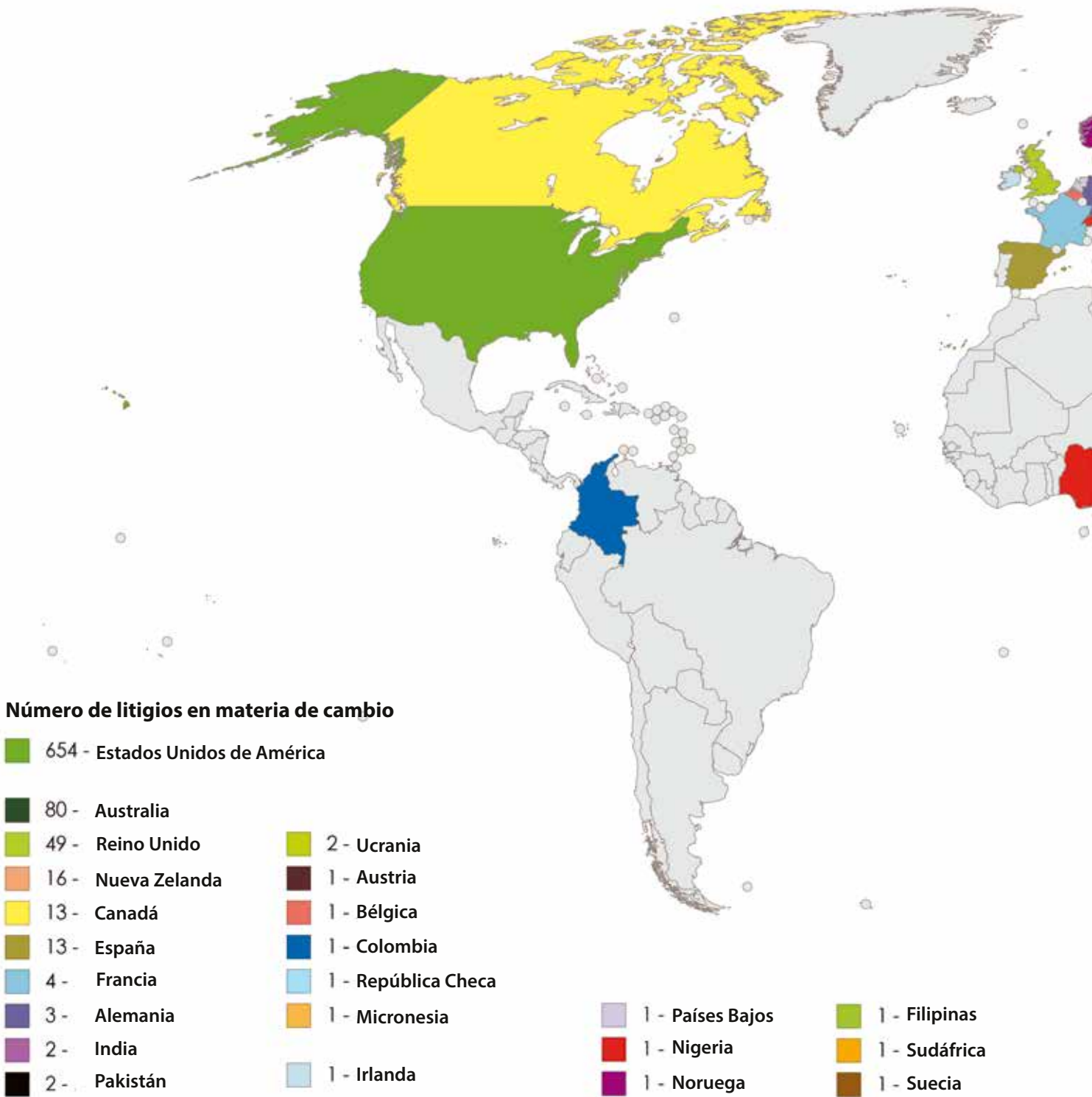
| Región | País | Número de casos* |
|----------------------------|---|------------------|
| | Corte Internacional de Justicia | 1 |
| | Comisión Interamericana de Derechos Humanos | 1 |
| | Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático | 1 |
| África | Nigeria | 1 |
| | Sudáfrica | 1 |
| Asia-Pacífico | Australia | 80 |
| | Nueva Zelanda | 16 |
| | India | 2 |
| | Micronesia | 1 |
| | Las Filipinas | 1 |
| | Paquistán | 2 |
| Europa | (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) | 40 |
| | Reino Unido | 49 |
| | España | 13 |
| | Bélgica | 1 |
| | Alemania | 3 |
| | Noruega | 1 |
| | Suiza | 1 |
| | Austria | 1 |
| | República Checa | 1 |
| | Francia | 4 |
| | Irlanda | 1 |
| | Países Bajos | 1 |
| | Suecia | 1 |
| | Ucrania | 2 |
| América Latina y El Caribe | Colombia | 1 |
| América del Norte | Estados Unidos de América | 654 |
| | Canadá | 13 |

*Las cifras que aquí presentamos reflejan nuestro conteo de litigios del cambio climático en diversas jurisdicciones, a marzo de 2017. Es posible que omitamos uno o más casos que hayan sido presentados o decididos, pero de los cuales no tenemos conocimiento

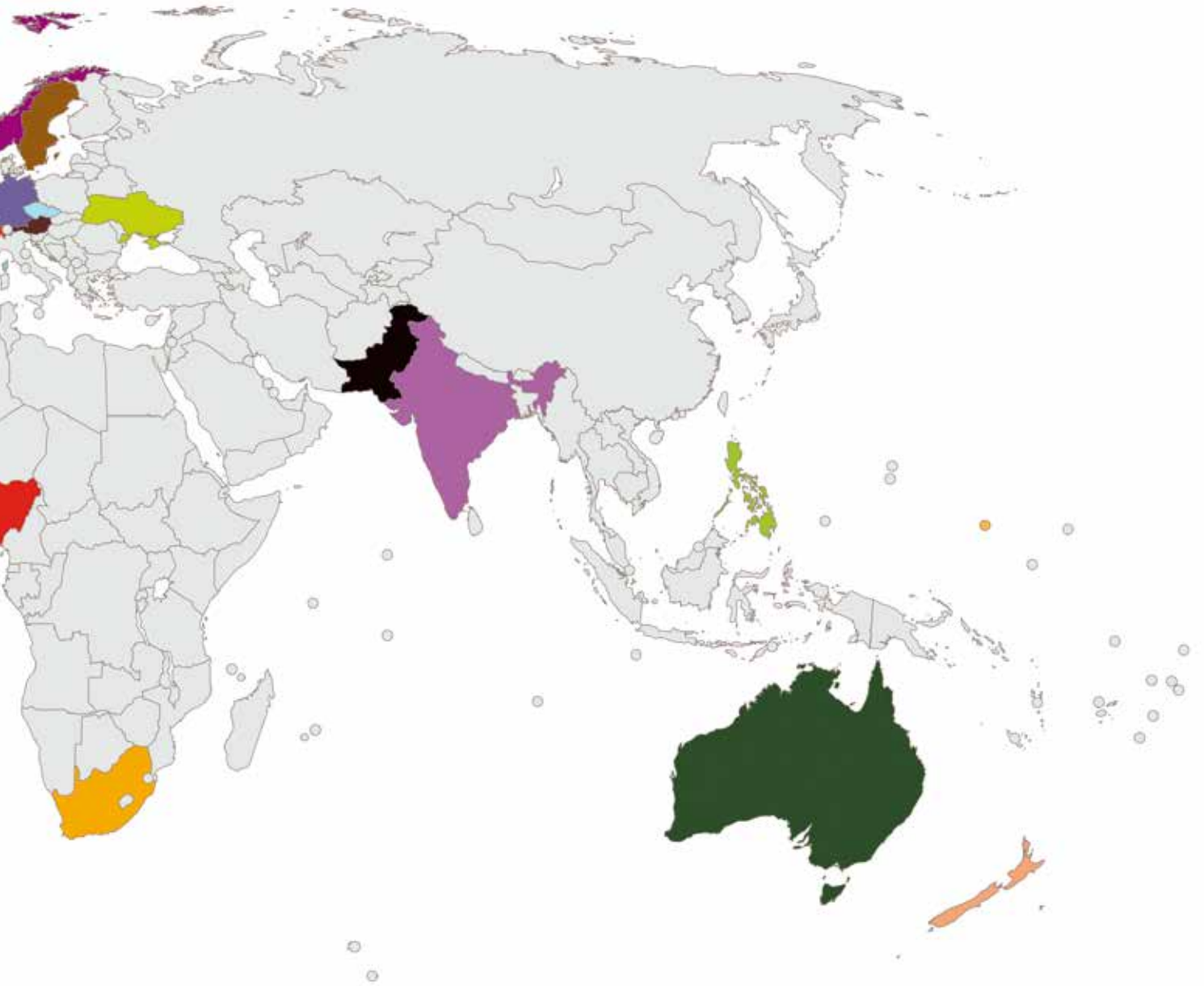
15 Para revisar estos casos, lo mismo que otros que se agregaron después de marzo de 2017, consúltense las bases de datos del Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer Climate Change Litigation, disponible en <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/> (solo en inglés).

16 Sabin Center for Climate Change Law, Non-U.S. Climate Change Litigation: Non-U.S. Jurisdiction, en <https://perma.cc/8CKE-KMQU> (solo en inglés, accedido el 3 de marzo, 2017).

El estado del litigio en materia de cambio climático



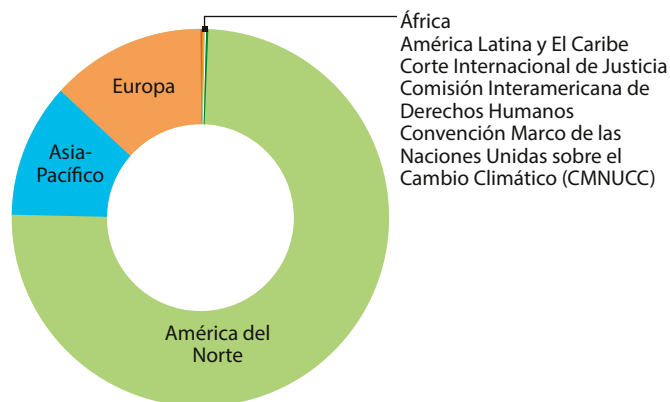
El estado del litigio en materia de cambio climático



El estado del litigio en materia de cambio climático

Tanto el número de casos en estos países como el número de países donde se han presentado casos ha crecido en los últimos años: un estudio de casos decididos antes de 2014 encontró que éstos se habían presentado solo en 12 países, incluyendo Estados Unidos.¹⁷ No obstante, sigue siendo cierto que “en la mayor parte de los países se han presentado pocos o nulos litigios del cambio climático”.¹⁸

Con notables excepciones,¹⁹ casi siempre son gobiernos los demandados en los litigios del cambio climático.²⁰ La demanda entablada contra dichos gobiernos es para que justifiquen decisiones tomadas, con respecto a aspectos pertinentes y otros de menor pertinencia. En el primer caso el espectro va de casos como el de *Massachusetts v. U.S. Environmental Protection Agency*, y el de *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands* (éste en Países Bajos), que presionan la aplicación de políticas nacionales más enérgicas para mitigación ante el cambio climático, y *Coalition for Responsible Regulation v. U.S. Environmental Protection Agency* y el de *West Virginia v. U.S. Environmental Protection Agency* que impugnaron las bases jurídicas de la política de mitigación de los Estados Unidos. En el otro extremo del espectro se encuentran los casos centrados en proyectos particulares, que van desde la ampliación de aeropuertos y minas de carbón a la construcción de instalaciones para a generación de energía renovable, y la construcción de estructuras de protección en líneas costeras erosionadas. Mientras que los casos dirigidos a grandes objetivos tienden a centrar sus argumentos en leyes de aplicación nacional que norman las políticas energéticas y la contaminación del aire, los casos dirigidos a objetivos menores — que constituyen claramente la mayor parte de los casos fuera de Estados Unidos — tienden a centrarse en evaluaciones de impacto ambiental y otros requerimientos de la planificación.²¹ Sin embargo, entre



2015 y 2017 se han iniciado varios casos de litigación estratégica en jurisdicciones fuera de Estados Unidos que buscan impulsar políticas de mitigación más severas.²²

2.2 Tendencias del litigio en materia de cambio climático

Recientes decisiones judiciales y demandas en tribunales dejan ver varias tendencias con respecto a los propósitos de la litigación del cambio climático. Cinco de dichas tendencias se describen a continuación: 1) hacer que los gobiernos se sujeten a los compromisos legislativos y de política adquiridos; 2) vincular los impactos de la extracción de recursos al cambio climático y resiliencia; 3) establecer que emisiones particulares son

| | | |
|--|----------|---|
| Litigación en materia de cambio climático: las cinco tendencias | 1 | Exigir que los gobiernos cumplan con sus compromisos legislativos y de políticas |
| | 2 | El impacto de la extracción de recursos y su vínculo con el cambio climático y la resiliencia |
| | 3 | Establecer que emisiones particulares son la causa inmediata de impactos adversos del cambio climáticos |
| | 4 | Establecer responsabilidades por las fallas (o esfuerzos) de adaptación al cambio climático |
| | 5 | Aplicar la doctrina del fideicomiso público al cambio climático |

17 Wilensky, *supra* nota 12, en pp. 151–152.

18 Michael B. Gerrard y Meredith Wilensky, *The role of the national courts in GHG emissions reductions*, en Elgar Encyc. of Env'tl. L. 359, 369 (Michael Faure ed. 2016).

19 La mayor parte de las excepciones se encuentran en los casos presentados en Estados Unidos contra corporaciones en el sector de combustibles fósiles. Las excepciones en otros países incluyen la reciente decisión en *Lliuya v. RWE AG*, Az. 2 O 285/15, que emitió el Tribunal Regional Administrativo de Essen, Alemania, y la investigación que abarcó a 50 empresas en la industria de los combustibles fósiles (“Las Grades del Carbono”) a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de las Filipinas.

20 Wilensky, *supra* nota 12, en pp. 138–140; Markell y Ruhl, *supra* nota 12, en p. 60.

21 Gerrard y Wilensky, *supra* nota 17, en pp. 366, 368 (“Hasta antes que un tribunal holandés emitió una decisión importante y controvertida en 2015, los litigios relativos al cambio climático que buscaron afectar el curso de

las políticas para el cambio climático — fuera para fomentar su desarrollo o detenerlo— brillaron por su ausencia fuera de Estados Unidos.” [Nuestra traducción]); Wilensky, *supra* nota 12, en p. 144 (“El dominio de la EIA y el *Permitting Group* en los litigios fuera de Estados Unidos muestra sobre todo demandas tácticas dirigidas a proyectos específicos... De hecho, la litigación estratégica que busca afectar la dirección de las políticas para el cambio climático, como un aspecto integral, prácticamente son inexistentes fuera de Estados Unidos.” [Nuestra traducción]); Markell y Ruhl, *supra* nota 12, en pp. 38–40.

22 Véase *infra* la sección 2.2.1 (donde se discuten los casos fuera de Estados Unidos que buscan que los gobiernos asuman los compromisos legislativos y de políticas relativos al cambio climático que han adquirido).

Países Bajos

Un grupo ambientalista holandés, la Fundación Urgenda, y 900 ciudadanos holandeses demandaron al gobierno holandés, alegando que la revisión que recientemente había hecho de las metas de reducción de emisiones de GEI implicaban una violación a su deber emanado de la constitución de velar por la ciudadanía. La Corte en La Haya, concordando con los demandantes, ordenó que para 2020 el Estado holandés limitara emisiones de GEI a 25% por debajo de los niveles de 1990, encontrando que el compromiso declarado del gobierno para reducir emisiones en 17% era insuficiente para satisfacer la justa contribución del Estado para alcanzar la meta, codificada en el Acuerdo de París, de mantener el incremento de la temperatura mundial en 2°C con respecto a las condiciones previas a la revolución industrial. La Corte concluyó que el Estado tenía el deber de tomar medidas para mitigar el cambio climático debido a la “severidad de las consecuencias del cambio climático y el gran riesgo de ocurrencia del cambio climático”. Al llegar a esta conclusión la Corte citó (sin aplicarlo directamente) el artículo 21 de la Constitución holandesa; los objetivos de reducción de emisiones de la UE; los principios en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos; el principio de “no causar daño” del derecho

internacional; la doctrina de “negligencia peligrosa” (*hazardous negligence*); el principio de equidad, el principio precautorio y el principio de sustentabilidad consagrados en el CMNUCC, y el principio de un nivel de protección alto, el principio precautorio y el principio de prevención consagrados en la política climática europea. La Corte no especificó cómo tiene que cumplir el gobierno con el mandato de reducciones, sin embargo, ofreció varias sugerencias como el comercio de emisiones o aplicar medidas fiscales.

Esta decisión fue pionera en la jurisprudencia de separación de poderes, ya que la instrucción que hace al gobierno para que limite aún más las emisiones la sustenta en un análisis basado en derechos, más que haciendo referencia a exigencias estatutarias. Posteriores demandas y decisiones judiciales en Austria, Noruega, Suiza y Suecia — todas ellas relativas al deber del gobierno de mitigar el cambio climático —, tuvieron como punto de partida, por lo menos parcialmente, teorías basadas en derechos.

la causa inmediata de impactos del cambio climático particularmente adversos; 4) establecer responsabilidad por las fallas (o esfuerzos) de adaptación al cambio climático, y 5) aplicar la doctrina de fideicomiso público al cambio climático.

2.2.1 Exigir que los gobiernos cumplan con sus compromisos legislativos y de políticas

Conforme los poderes políticos de los gobiernos nacionales articulan compromisos con la mitigación y adaptación al cambio climático mediante legislación, normatividad y políticas, es muy probable que las agencias administrativas se vean sujetas a demandas que tienen como objetivo hacer que cumplan con los compromisos adquiridos.

La parte demandante en el caso *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands* entabla esta demanda para impugnar los intentos del recientemente electo gobierno holandés para no cumplir con los compromisos que el gobierno previo hiciera en relación con la mitigación.²³

23 *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, [2015] HAZA C/09/00456689, apelación presentada.

La decisión que emitió en junio de 2015 el Tribunal de Distrito de la Haya se refirió a los compromisos internacionales de los Países Bajos (que aún no incluía los relativos al Acuerdo de París)²⁴ para interpretar el deber constitucional del gobierno holandés de velar por los ciudadanos holandeses y otras personas, y concluyó que dicho deber le prohibía dejar de cumplir con sus compromisos.²⁵

En septiembre de 2015, el tribunal de la Corte Suprema de Green Beach en Lahore emitió un fallo en el caso *Leghari v. Republic of Pakistan* que fue muy similar en cuanto a sus fundamentos jurídicos al caso Urgenda, aunque se enfocó en la adaptación más que en los compromisos

24 El Acuerdo de París entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. CMNUCC, Acuerdo de París: *Status of Ratification*, <https://perma.cc/5JCA-KPNR> (accedido el 15 de enero, 2017 [solo en inglés]). Países Bajos solo es firmante del Acuerdo y, hasta el momento en que redactamos el presente informe, no lo había ratificado. Ibid. La importancia de esta falta de ratificación queda atenuada por el hecho de que la Unión Europea — que negoció en el Acuerdo de París a nombre de los Países Bajos y otros estados miembro— ratificó el Acuerdo el 5 de octubre de 2016. Ibid.

25 *Urgenda*, parágrafo 4.70.

El estado del litigio en materia de cambio climático

Paquistán

En septiembre de 2015, una corte de apelaciones de Paquistán aceptó las demandas de Ashgar Leghari, un agricultor paquistaní, que demandó a los gobiernos nacional y regional por no haber aplicado la Política Nacional sobre Cambio Climático de 2012 y el Marco para la Implementación de la Política para el Cambio Climático (2014-2030). Las principales preocupaciones del demandante, y de la corte, tenían que ver con la necesidad de tomar medidas para la adaptación: “Considerando que Paquistán no es uno de los mayores contribuyentes al calentamiento global y que de hecho es víctima del cambio climático y requiere inmediatas medidas de adaptación para enfrentar los patrones perturbadores del clima.” De acuerdo con la corte, “el retraso y letargo del Estado para implementar el Marco atenta contra los derechos fundamentales de los ciudadanos”, como lo establecen los artículos 9 (derecho a la vida), 14 (dignidad humana), 19A (información) y 23 (propiedad) de la Constitución paquistaní.

Como reparación, la corte 1) instruyó a varios ministerios gubernamentales para que nombraran “una persona responsable para cambio climático” que contribuyera a la implementación del Marco y presentaran una lista

de medidas para el 31 de diciembre, 2015, y 2) crear una Comisión para el Cambio Climático integrada por representantes de ministerios clave, de las ONG y técnicos expertos para supervisar los avances del gobierno. El 14 de septiembre la corte emitió una decisión complementaria, mediante la cual nombraba 21 personas investidas con varios poderes, que se integrarían a la Comisión.

Este caso es un ejemplo de litigantes que fundamentan sus demandas en un estatuto y marco de política que articula las responsabilidades gubernamentales con respecto al cambio climático. Como observó la corte, el ministerio correspondiente formuló 734 “puntos para tomar medidas”, 232 de las cuales identificó como prioritarias. Si el gobierno no hubiera dictado en tal detalle las acciones a tomar para ayudar a los ciudadanos a lidiar con el cambio climático, habría sido más difícil para la corte llegar a la conclusión de que la no implementación de la ley y política aplicables por parte del gobierno violó los derechos constitucionales de Leghari.

de mitigación.²⁶ El tribunal concluyó que el hecho de que el gobierno no implementó la Política Nacional para el Cambio Climático de 2012 ni el Marco para la Implementación de la Política para el Cambio Climático (2014-2030), “contravino los derechos fundamentales de los ciudadanos que requieren ser salvaguardados”.²⁷ Para reivindicar dichos derechos y, en particular, para exigir una respuesta activa ante un patrón emergente de “fuertes inundaciones y sequías”,²⁸ la Corte ordenó al ejecutivo que, entre otras cosas, estableciera una Comisión para el Cambio Climático que facilitara aplicar medidas ambientales.²⁹

26 *Leghari v. Republic of Pakistan* (2015) W.P. No. 25501/2015.

27 *Ibid.*, párrafo 8. El tribunal interpretó estos derechos como sigue: El medioambiente y su protección han tomado una posición central en el esquema de los derechos expresados en nuestra constitución... El derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, el derecho a la propiedad y el derecho a la información por virtud de los artículos 9, 14, 23 y 19A de la Constitución, que, vistos en conjunto con los valores constitucionales de justicia política, económica y social, proporcionan el conjunto de instrumentos jurídicos para abordar y supervisar la respuesta del gobierno al cambio climático. [Nuestra traducción]. *Ibid.*, párrafo 7.

28 *Ibid.*, párrafo 6.

29 La primera de éstas fue la designación de funcionarios públicos en

En Bélgica y Nueva Zelandia también se presentaron casos previos al Acuerdo de París, alegando incumplimiento de compromisos nacionales adquiridos por sus respectivos gobiernos. La teoría del caso belga (*VZW Klimatzaak v. Kingdom of Belgium*), cuya resolución seguía pendiente al mes de marzo de 2017,³⁰ en gran medida sigue la decisión de Urgenda. El caso en Nueva Zelandia (*Thomson v. Minister for Climate Change Issues*) impugna la suficiencia de sus contribuciones previstas y determinadas a nivel

ministerios clave que, a partir de ese momento, “trabajarían en estrecha colaboración con el Ministerio de Cambio Climático”. *Ibid.*, párrafo 8(i) [nuestra traducción]. Otra fue identificar “puntos para tomar medidas de adaptación”, a seleccionar entre 734 “puntos para tomar medidas” que aparecían en el Marco de Implementación, y que podrían alcanzarse para finales de 2015. *Ibid.*, párrafo 8(ii) [nuestra traducción]. Finalmente, la Corte también exhortó la creación de una Comisión para el Cambio Climático, cuyos miembros incluirían funcionarios adscritos a ministerios pertinentes, así como representantes de ONG y expertos técnicos, para “asistir a esta Corte a supervisar los avances en el Marco”. *Ibid.*, párrafo 8(iii) [nuestra traducción].

30 [Klimaatzaak.eu, L’Affaire Climat: Le Procès](https://perma.cc/4X4D-SX8E), <https://perma.cc/4X4D-SX8E> (accedida el 15 de enero, 2017) (informa que el tribunal aún tiene que especificar fecha para presentación de alegatos escritos o celebrar una audiencia). *Klimaatzaak* significa “caso referente al clima”.

El estado del litigio en materia de cambio climático

nacional (INDC), que el demandante alega están por debajo de lo requerido para reducir emisiones como exige la ley de respuesta al cambio climático (*Climate Change Response Act, 2002*).³¹ Un propósito declarado de dicha ley es “permitir que Nueva Zelanda cumpla con sus obligaciones internacionales en el marco del [CMNUCC]”.³² Como lo explicó el demandante, las INDC de Nueva Zelanda “equivalen a una reducción de 11% por debajo de los niveles de emisiones de Nueva Zelanda en 1990 para 2030”; un esfuerzo de mitigación que “de adoptarlo otros países desarrollados en combinación con objetivos apropiados establecidos por los países en desarrollo, no estabilizarán las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que evitaría peligrosas interferencias antropogénicas con el sistema climático”.³³ Para el mes de marzo de 2017, la Corte Suprema de Nueva Zelanda no había emitido un fallo en este caso.

El Acuerdo de París comienza a emerger como una base novedosa y única para este tipo de demandas. Dicho Acuerdo incorpora compromisos nacionales — las contribuciones INDC/NDC — a un instrumento internacional que los enlaza con el objetivo común de evitar el exceso de calentamiento por encima de los umbrales de 1.5°C y 2°C de temperatura.³⁴ Si bien este enlace no responde cuestiones técnicas con respecto a cómo asignar presupuestos de carbono, sí proporciona cierto marco para los compromisos nacionales incluso para aquellos vagamente enunciados. También cuestiona los argumentos según los cuales los incrementos de las diferencias de las contribuciones de un país son irrelevantes para la mitigación mundial y que, por tanto, no son susceptibles de ser legalmente exigidos.³⁵ Asimismo, aun cuando el Acuerdo de París no prescribe compromisos nacionales específicos sí hace un exhorto explícito a que los gobiernos nacionales realicen esfuerzos ambiciosos en sus compromisos con la mitigación y nunca menos.³⁶ De forma que, incluso si un gobierno nacional puede argumentar que nunca especificó un nivel de reducción de emisiones, no puede argumentar que sus compromisos le permitan retroceder.

31 CIV-2015-___ (High Court).

32 *Climate Change Response Act 2002*, § 3(1)(a).

33 *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, en parágrafos 85, 90.

34 21a. Reunión de la Conferencia de las Partes, Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Acuerdo de París, art. 2 inciso a, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1 [en adelante Acuerdo de París] (12 de diciembre, 2015) (que especifica umbrales de temperatura básicos para los objetivos del Acuerdo) y art. 3 (las partes habrán de realizar esfuerzos ambiciosos en sus contribuciones determinadas a nivel nacional para mitigación).

35 *Cf. Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 561 (2007) (Roberts, C.J., discrepa).

36 Acuerdo de París, art. 3.

En una demanda presentada en Suiza en octubre de 2016 los argumentos constitucionales son muy similares a los del caso *Urgenda*,³⁷ aunque los refuerzan haciendo referencia al Acuerdo de París. Como explican las demandantes en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat*: “[c]on el Acuerdo de París las partes [al CMNUCC] definieron una nueva meta de prevención de ‘peligrosa alteración del sistema climático’ estipulando umbrales de calentamiento de 1.5°C y 2°C con respecto a los niveles preindustriales.”³⁸ Tomando estos como la piedra angular científica y legalmente estipulada para Suiza (y otros), las demandantes alegaron que el avance de su nación no era el necesario para cumplir con sus compromisos y que, a diferencia del cumplimiento con el Protocolo de Kioto que depende fuertemente del comercio de derechos de emisiones, las medidas de mitigación física y jurídicamente adecuadas requieren verdaderamente la reducción de las emisiones netas de fuentes suizas.³⁹

Las partes demandantes en otros tres casos europeos, uno relativo a la expansión del aeropuerto en Viena (el “caso austriaco”), *Greenpeace Nordic Association v. Norway Ministry of Petroleum and Energy*, y *PUSH Sweden v. Government of Sweden*, también afirman que los compromisos legales de sus respectivos gobiernos hacia la mitigación del cambio climático son consistentes con y están articulados con el Acuerdo de París por virtud de su ratificación.⁴⁰

37 Específicamente, las demandantes suizas basan sus alegatos en los artículos 10 (derecho a la vida), 73 (principio de sustentabilidad) y 74 (principio precautorio) de la Constitución de Suiza, y en los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ratificada por Suiza. Unión de Mujeres Suizas Mayores para la Protección del Clima vs Consejo Federal Suizo [*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat*], en parágrafo. 1(a) (presentada el 25 de octubre, 2016), <https://perma.cc/3LGB-3V7H> [solo en alemán].

38 Véase *ibid.*, parágrafo 60 (Mit dem Übereinkommen von Paris haben die Vertragsstaaten im Dezember 2015 das Ziel, eine «gefährliche Störung des Klimasystems» zu verhindern, neu definiert. So soll die globale durchschnittliche Erwärmung der Erdatmosphäre im Vergleich zur vorindustriellen Zeit auf «deutlich unter 2 Grad Celsius» gehalten werden. Es sollen Anstrengungen unternommen werden, die Erwärmung auf 1.5 Grad zu begrenzen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a Pariser Übereinkommen).”).

39 *Ibid.* § 4.3.2 (“[Medidas insuficientes para alcanzar las metas de reducción aplicables para 2020] Ungenügende Massnahmen zur Erreichung des geltenden Reduktionsziels für 2020”).

40 Noruega ratificó el Acuerdo de París el 20 de junio de 2016 y Suecia el 13 de octubre de 2016. CMNUCC, Acuerdo de París: Estado de ratificación, supra nota 23. En relación con la pertinencia jurídica del Acuerdo de París para los compromisos nacionales, los demandantes noruegos señalan que: “Por virtud del principio de presunción que exige que la legislación noruega sea interpretada de conformidad con el derecho internacional,

El estado del litigio en materia de cambio climático

Austria

Varias ONG y personas a título individual persuadieron a un panel de la Corte Federal Administrativa de Austria de anular la aprobación que el gobierno de Baja Austria emitiera para la construcción de una tercera pista en el principal aeropuerto de Viena. La razón: autorizar la pista de aterrizaje ocasionaría mayor daño que beneficio al interés público, principalmente porque sería contrario a las obligaciones nacionales e internacionales de Austria para mitigar las causas del cambio climático. De las fuentes de autoridad que citó la Corte, la más importante fue la Ley de Protección Climática de Austria (2011) que establece objetivos de reducción de emisiones para varios sectores, incluido el de transporte. Debido a que era de esperar que una tercera pista incrementara las

emisiones anuales de CO₂ de Austria, la Corte concluyó que iría en contraposición con las disposiciones de la Ley de 2011, lo mismo que con la Constitución del país y sus compromisos internacionales en el marco de la legislación de la UE y el Acuerdo de París.

Se trata del primer caso donde una corte determina que los compromisos de mitigación del cambio climático la obligan a anular la aprobación que una dependencia gubernamental había hecho de un proyecto de infraestructura. Se constituye así en un ejemplo sobresaliente tanto de una corte que aplica directamente un estatuto para la mitigación climática, como de una corte que reivindica los derechos a la integridad ambiental.

En el caso austriaco, los peticionarios persuadieron a la corte de que si autorizaba la expansión del aeropuerto de Viena, ello iría a contrapelo con las metas de reducción de emisiones que establece la Ley Austriaca de Protección Climática y contradiría los compromisos de mitigación del cambio climático que adquirió Austria por virtud del Acuerdo de París.⁴¹ En la petición presentada en Noruega, la medida impugnada es el otorgamiento de licencias para la extracción de petróleo y gas en mar profundo en el Mar de Barents. En la petición en Suecia la medida

impugnada es la venta que hizo Vattenfall (más que el desmantelamiento) de minas de carbón y termoeléctricas alimentadas con carbón en Alemania. Vattenfall es una empresa energética de propiedad estatal. Para los tres grupos de peticionarios, el Acuerdo de París aporta un punto de referencia científico, así como una restricción legalmente definitiva.⁴²

2.2.2 El impacto de la extracción de recursos y su vínculo con el cambio climático y la resiliencia

Cualquier catálogo exhaustivo de las actividades que resulten en emisiones de GEI o reducen la resiliencia de las comunidades ante eventos climáticos extremos debe incluir las actividades extractivas de recursos.⁴³ Tal es el caso de la extracción minera de carbón y otras fuentes de combustible, así como perforar para extraer combustibles fósiles como petróleo y gas, cuyo consumo resulta en emisiones de GEI responsables del cambio climático. Asimismo, la minería y perforación de pozos

las normas y principios fundamentales de este derecho constituyen una parte de nuestro sistema jurídico nacional. Lo cual quiere decir que el Convenio Climático, el Acuerdo de París y los derechos humanos y los principios medioambientales internacionales son fuentes pertinentes del derecho al momento de determinar las limitaciones del artículo 112 de la Constitución.” Greenpeace Nordic Ass’n en parágrafo 36 [nuestra traducción]. En relación con el mismo punto, los querellantes suecos señalan: “98. Por virtud de la firma de la Convención del CMNUCC y del Protocolo de Kioto, el Estado ha aceptado explícitamente su deber de velar por el medioambiente. Para cumplir con este deber, todos y cada uno de los estados deben, en la mayor medida posible y de acuerdo con sus circunstancias, aplicar las mejores medidas posibles para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. * * * 102. Las metas climáticas suecas y la adhesión de Suecia a los acuerdos internacionales resultan pertinentes para la interpretación de estas directivas. * * * 110. El alcance del deber de velar por el medioambiente queda determinado por una combinación de factores como la adhesión de Suecia a los convenios internacionales, metas ambientales adoptadas nacionalmente, legislación ambiental, declaraciones de los gobiernos, etc.”). PUSH Sweden en parágrafos 98, 102 y 110 [nuestra traducción].

41 Tribunal Federal Administrativo de Austria, caso no. W109 2000179-1/291E, <https://perma.cc/6P34-5HYU> (solo en alemán).

42 Greenpeace Nordic Ass’n en 18–19 (“El Acuerdo de París entrará en vigor el 4 de noviembre de 2016; a partir de lo cual se constituye para Noruega en una obligación de derecho internacional... Además de su contenido legal, el Acuerdo de París y el documento de decisión para el Acuerdo representa una base fáctica en el caso.” [Nuestra traducción]); PUSH Sweden en 26 (cita la Declaración de Política Pública referente a metas de reducción de emisiones y la, en ese momento, próxima Conferencia de París), 33 (cita la declaración de junio de 2016 del Consejo de Objetivos Ambientales referente a la necesidad de reducir emisiones).

43 En este caso, se abordó la promulgación de la Ley Núm. 1450 de 2011 por virtud de la cual se establecía el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, y la Ley Núm. 1753 de 2015 que establecía el Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018. Las dos disposiciones en cuestión aparecían en ambas leyes.

Colombia

En decisión C-035/16 del 8 de febrero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia anuló disposiciones inconstitucionales de la Ley no. 1450 y la Ley no. 1753 de 2015 que amenazaban los ecosistemas de montaña alta denominados páramos. La Corte destacó varias características importantes de los páramos, incluyendo su fragilidad, la ausencia de protección normativa, el papel que desempeñan para proveer tanto como 70 por ciento del agua potable de Colombia y la capacidad de sus suelos y vegetación para capturar el CO₂ de la atmósfera.

La Corte puso de manifiesto esta última característica en particular, denominando a los páramos como “sistemas de captura de carbono” y explicó que la capacidad de captura de carbono de los páramos supera el de un bosque húmedo tropical de dimensiones

comparables. La Corte decidió que las disposiciones legales que habrían permitido actividades extractivas en los páramos eran inconstitucionales porque podrían poner en peligro el derecho público a agua limpia y eximiría a las dependencias gubernamentales de su deber de justificar decisiones que pueden resultar en la degradación de áreas valiosas y ambientalmente sensibles.

La Corte enmarcó su protección de los derechos en esta decisión como una respuesta a cambios climáticos futuros que harían de recursos como el agua que fluye desde los páramos un recurso aún más valioso. Por ello puede leerse como una decisión que toma en consideración la necesidad de la adaptación al cambio climático al momento de interpretar los derechos que ampara la constitución y que no hacen referencia explícita al cambio climático.

también tienden a generar grandes volúmenes de contaminación en su vecindad inmediata, perjudicando la calidad o cantidad de fuentes hídricas, o ambas cosas. Al reconocer esto, los demandantes deseosos de políticas que respondan ante el cambio climático han comenzado a cuestionar los procesos de evaluación ambiental y de permisos que ignoran indebidamente las implicaciones que las actividades de extracción de recursos tienen para el clima.

En febrero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucionales dos disposiciones legales, haciendo que las autoridades regulatorias no pudieran ser omisas de los costos climáticos que trae consigo la extracción de recursos. Una de las disposiciones autorizaba que una comisión nacional designara proyectos particulares como parte de los intereses estratégicos nacionales; una designación que habría ocasionado que los proyectos quedarán libres de ciertos aspectos de supervisión local.⁴⁴ La otra disposición se respaldaba en arrendamientos y permisos para proyectos de minería y extracción de petróleo en ecosistemas de montaña alta sensibles (páramos).⁴⁵ La Corte colombiana determinó que dichas disposiciones eran inconstitucionales porque ponían en riesgo los derechos públicos a agua limpia y abrogaban la obligación de los organismos gubernamentales de justificar decisiones

que habrían resultado en la degradación de áreas ambientalmente sensibles y valiosas (páramos). Es crucial que la Corte caracterizó los páramos como áreas valiosas tanto como fuente que aporta mucho del agua potable para Colombia y porque sus suelos y vegetación capturan CO₂ de la atmósfera en mayores proporciones que áreas de selva tropical con similar extensión.⁴⁶

En *Ali v. Federation of Pakistan*, el peticionario impugnó varias medidas gubernamentales y omisiones con respecto a la aprobación para desarrollar los yacimientos de carbón de Thar, que se espera que produzcan entre 4.5 a 60 millones de toneladas métricas de carbón anuales.⁴⁷ De acuerdo con el peticionario, dada la degradación ambiental local, el desplazamiento y las emisiones de GEI debidas a la extracción de carbón que resultarán de dicho desarrollo, su aprobación sería una triple violación de derechos: de los “derechos fundamentales” protegidos constitucionalmente, de derechos que se verían afectados por la degradación ambiental esperada por la quema de carbón para la producción de energía eléctrica, y de la doctrina del fideicomiso público en lo

⁴⁴ Ley Núm. 1753 de 2015, arts. 49–52.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 173.

⁴⁶ Corte Constitucional, 8 de febrero, 2016, Decisión C-035/16, en parágrafo 142.

⁴⁷ *Ali v. Pakistan*, Petición Constitucional Núm. ____ / I, 2016, en parágrafo xxvi, <https://perma.cc/6AFA-2ZL5> (solo en inglés); también véase Muhammad Imran Rashid et al., *Coal as an Energy Source for Mitigating Energy Crisis in Pakistan*, 4 J. Eng. & Tech. 127, 128–129 (julio-diciembre, 2014), <https://perma.cc/66NK-GZH6> (solo en inglés).

El estado del litigio en materia de cambio climático

Noruega

En *Greenpeace Nordic Association and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy* dos ONG ambientalistas presentaron una demanda en búsqueda de una sentencia declaratoria del Tribunal de Distrito de Oslo señalando que el Ministerio de Petróleo y Energía noruego violó la Constitución del país al emitir licencias para la extracción de petróleo y gas en un bloque de mar profundo, en sitios del Mar de Barents.

En la demanda se argumentan varios factores: las licencias permitirían el acceso a depósitos de combustible fósil inexplorados, lo cual iría a contrapelo de lo que exige la mitigación del cambio climático para mantener el calentamiento global en 1.5°C o incluso de 2°C por encima de los niveles preindustriales. Asimismo, el área que quedaría accesible gracias a las licencias se ubica en la región norte que al mismo tiempo es una de las más explotadas y bordea la zona de hielo, lo cual representa riesgos extraordinarios para el ambiente del Ártico altamente sensible, particularmente el riesgo de posibles derrames y emisiones de carbón negro. La demanda también argumenta la violación del artículo 112 de la Constitución noruega, que establece un “derecho a un medioambiente que conduzca a la salud y a un medioambiente natural que mantenga productividad y diversidad.”

La demanda también cita otras disposiciones constitucionales, entre ellas, aquellas que exigen que las medidas que tome el gobierno sean consistentes con el principio precautorio; el principio de no causar daño tanto en el territorio nacional como a ciudadanos de otros países, y la protección de los derechos humanos. Además de estas fuentes de fundamento jurídico, la demanda también señala que la emisión de licencias por parte de Noruega para explotar petróleo y gas contradice los compromisos que el país adquirió por virtud del Acuerdo de París.

Al igual que los demandantes en el caso de Urgenda, que recurrieron a los compromisos nacionales e internacionales para interpretar el impacto que tendría para la mitigación climática la obligación de protección que tiene el Estado en el marco de la Constitución holandesa, esta demanda alega una interpretación similar el derecho a la integridad ambiental que protege la Constitución noruega. Si bien habría sido posible presentar un argumento similar previo a que Noruega ratificara el Acuerdo de París y antes de que éste entrara en vigor, estos eventos dan especificidad y contexto al derecho constitucional que se encuentra en el centro mismo de la petición.

que se refiere a la atmósfera y clima de Paquistán. Hasta marzo de 2017, la Corte Suprema de Lahore no había emitido ningún fallo respecto al caso.

La petición en *Greenpeace Nordic Association v. Ministry of Petroleum and Energy* también argumenta que con la concesión que el ministerio noruego concediera para explotación de petróleo y gas en el bloque ubicado en el Mar de Barents los concesionarios violarían protecciones constitucionales. El artículo 112 de la Constitución de Noruega establece que los noruegos tienen “derecho a un medioambiente que conduzca a la salud y a mantener un medioambiente natural que mantenga productividad y diversidad”. Los demandantes alegaron que mantener el medioambiente exige no exceder el presupuesto de emisiones mundiales consistente con el umbral de 1.5°C o 2°C reconocido por el Acuerdo de París, y que las concesiones en el Mar de Barents ocasionarían que la extracción de los combustibles fósiles y sus correspondientes emisiones de GEI excederían aquel presupuesto. Para marzo de 2017 este caso también seguía pendiente de resolución.

2.2.3 Establecer que particulares emisiones son la causa inmediata de particulares impactos adversos del cambio climático

Si bien varias cortes han reconocido el consenso científico existente con respecto a la relación causal entre emisiones de GEI antropogénicas, cambio climático e impactos adversos resultantes de dicho cambio,⁴⁸ todavía no hay alguna que haya encontrado que particulares emisiones de GEI tienen una relación causal con particulares impactos adversos del cambio climático, esto con el objetivo de establecer responsabilidades. En efecto, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático describe al principal mecanismo causal del cambio climático como “gases de efecto invernadero

⁴⁸ Véase, por ejemplo: *Urgenda* en párrafo 4.14; *Mass. v. EPA* at 498; *Coalition for Responsible Regulation v. EPA*, 684 F.3d 132 (D.C. Cir. 2012), también véase en parte, *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 134 U.S. 2427 (2014), y *Greenpeace New Zealand v. Northland Regional Council*, [2007] NZRMA 87, en párrafo 7.

Alemania (y Perú)

En noviembre de 2015, Saúl Luciano Lliuya —un agricultor peruano que vive en Huaraz, Perú— presentó una demanda por daños y perjuicios ante un tribunal alemán en contra de RWE, la mayor productora de energía eléctrica de Alemania.

La demanda de Lliuya contra RWE señalaba que dicha empresa, al haber contribuido conscientemente al cambio climático al emitir volúmenes sustanciales de GEI, tenía cierta responsabilidad por el derretimiento de los glaciares de montaña en las cercanías de Huaraz, con una población de 120 mil personas. El deshielo ha dado origen a una seria amenaza: Palcacocha, un lago de aguas glaciares ubicado en una zona por encima de Huaraz, ha experimentado un incremento volumétrico de 30 veces desde 1975 y de cuatro veces desde 2003. Lliuya fundamentó su demanda en el párrafo 1004 del Código Civil alemán, que prevé la reducción de molestias y medidas cautelares. Solicitó que el tribunal declarara parcialmente responsable a RWE de los costos que ha traído consigo la crecida del lago; asimismo, solicitó que

el tribunal ordenara que RWE reembolsara los gastos en los que él había incurrido para proteger su hogar y que entregara a una asociación comunitaria de Huaraz 17 mil euros para la construcción de sifones, drenaje y represas para proteger al pueblo. Dicha cifra representa 0.47 por ciento, tanto de (1) el costo estimado de las medidas de protección y (2) la contribución anual estimada de RWE de emisiones mundiales de GEI.

La Corte desechó la solicitud de Lliuya para obtener una sentencia declaratoria y medias cautelares, así como su solicitud de daños y perjuicios. La Corte señaló varias razones para su decisión, sin embargo, la más importante fue que no encontró una “cadena causal lineal” entre las emisiones de RWE y los peligros y costos que había descrito Lliuya como resultados del deshielo de los glaciares. Esta conclusión judicial va un paso más allá a la de cualquier tribunal que haya decidido sobre la cuestión de si es posible afirmar que las emisiones de una entidad dada son causa inmediata de daños vía los impactos del cambio climático (incluido el tribunal estadounidense que decidió sobre los casos *AEP v. Connecticut* y *Village of Kivalina*).

homogéneamente mezclados” en la atmósfera.⁴⁹ Aunque dicha mezcla oscurece contribuciones particulares y dificulta establecer atribución de daño, la legislación general solo establece responsabilidad cuando contribuciones particulares (léase específicas) pueden relacionarse con efectos particulares.

Demandantes en Estados Unidos y Alemania han buscado — hasta ahora sin éxito — establecer un vínculo causal directo entre particulares emisores y particulares daños. Los principales casos en Estados Unidos son *Connecticut v. American Electric Power* y *Kivalina v. ExxonMobil*. Los demandantes de *Connecticut* solicitaron una medida cautelar para limitar las emisiones de las centrales eléctricas;⁵⁰ por su parte, los demandantes de *Kivalina* argumentaron daños y perjuicios ocasionados por las empresas ligadas a los combustibles fósiles.⁵¹ En ambos casos, los demandantes fundamentaron sus demandas contra las empresas privadas en una teoría de alteración del orden público en el marco del derecho anglosajón (common law). En ambos casos el tribunal concluyó que la ley federal de aire limpio (Clean Air Act) desplazó las demandas dentro del ámbito del derecho anglosajón y,

por lo mismo, no abordó el asunto sustantivo de la causa inmediata.⁵²

En *Lliuya v. RWE AG*, Saúl Lliuya —un agricultor peruano— presentó ante un tribunal alemán una demanda contra unas instalaciones alemanas. Lliuya solicitó indemnización por daños y perjuicios, para compensar por los costos que tuvo que enfrentar para proteger su pueblo del deshielo de glaciares, algo de lo que, alegó

49 IPCC AR5, WG1 § 6.3.

50 564 U.S. 410 (2011).

51 696 F.3d 849 (9th Cir. 2012), cert. denied, 133 S. Ct. 2390 (2013).

52 *Connecticut*, 564 U.S. at 415 (“Sostenemos que la Ley de Aire Limpio y las acciones de la Agencia de Protección Ambiental, que dicha ley autoriza, desplazan las demandas que los querellantes buscan perseguir.”) *Kivalina*, 696 F.3d at 856 (“No necesitamos entrarle a ese tema complejo ni al análisis factual específico en este caso, puesto que contamos con directriz directa de la Corte. La Suprema Corte ya determinó que el Congreso abordó directamente el asunto de las emisiones de gases de efecto invernadero provenientes de fuentes estacionarias y por ende ha desplazado al derecho anglosajón federal. *Am. Elec. Power*, 131 S.Ct. en 2530, 2537.” [Nuestra traducción]). Lo más cercano que los tribunales han llegado a una respuesta como esa han sido decisiones relativas al derecho de acción, cuyos criterios son menos rigurosos que los de la “causalidad de actos ilícitos”. Véase *Mass v. EPA*, 549 U.S. en 524; *Connecticut v. Am. Elec. Power Co.*, 582 F.3d 309, 346 (2d Cir. 2009), *rev'd on other grounds*, 564 U.S. 410 (2011); *Comer v. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855, 865 (5th Cir. 2009).

El estado del litigio en materia de cambio climático

Lliuya, RWE era parcialmente responsable.⁵³ Dos de las varias razones que esgrimió el tribunal para desechar los reclamos del agricultor peruano tenían que ver con la causalidad.

La primera razón tuvo que ver con la cuestión de la evidencia: el demandante solicitó al tribunal especificar la contribución precisa con la que RWE contribuía a las emisiones mundiales en lugar de una estimación. La segunda razón fue más emblemática: el tribunal encontró que no había una “cadena causal lineal” que vinculara el daño alegado y las emisiones de RWE —más bien varios emisores habían creado el riesgo de inundación que amenazaba al poblado del agricultor Lliuya, de tal forma que la causa principal del riesgo no se podría atribuir a RWE en particular—. ⁵⁴

En *Greenpeace Southeast Asia et al.*, los ambientalistas y ciudadanos filipinos presentaron una solicitud ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas, un tribunal facultado para investigar alegatos y emitir recomendaciones, aunque no la de emitir órdenes aunque no la de ejecutar sentencias.⁵⁵ Los peticionarios presentaron alegatos con base en hechos que identificaron a 50 corporaciones como “Grandes del Carbono” responsables de un acumulado de 21.71% de los GEI antropogénicos emitidos desde 1751 a 2010.⁵⁶ Los peticionarios también caracterizaron la relación entre cambio climático, acidificación de los océanos, y los potenciales daños físicos y económicos que enfrenta la población filipina.⁵⁷ Con base en dichos hechos y argumentos apoyados en el derecho internacional de los derechos humanos, los peticionarios solicitaron que la Comisión “[c]onduzca una investigación con respecto a

las implicaciones que el cambio climático y la acidificación de los océanos tienen para los derechos humanos y las violaciones de derechos humanos resultantes en las Filipinas, y si las Grandes del Carbono —propiedad de inversionistas— incumplieron con las responsabilidades adquiridas de respetar los derechos del pueblo filipino.”⁵⁸ En diciembre de 2015 la Comisión decidió llevar a cabo una investigación, que seguía en curso para marzo de 2017.⁵⁹

Además de argumentar que emisores particulares son la causa inmediata de daños particulares relacionados con el cambio climático, las partes que buscan remediación en cada uno de estos casos han propuesto varias formas en las cuales los tribunales pueden imputar responsabilidades de dichos daños a la parte demandada y otros. Estas propuestas semejan a la teoría de “cuota del mercado” en cuanto a cómo asignar daños de manera justa en caso de responsabilidad por productos en los Estados Unidos,⁶⁰ una teoría que, en particular, casi nunca se ha aplicado con éxito. Hasta ahora, sin embargo, ninguna corte o tribunal ha respaldado o sugerido ningún enfoque para establecer ni definir causa inmediata en este contexto.

2.2.4 Establecer sponsabilidad por la falta de adaptación y los impactos de la adaptación

Conforme los impactos del cambio climático han crecido en frecuencia y severidad, las partes demandantes han buscado reparación en el caso de decisiones que posiblemente amplificaron dichos impactos o

53 Az. 2 O 285/15 Essen Regional Court [2015].

54 [David pierde la lucha contra Goliath], Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15 de diciembre, 2016, en <https://perma.cc/LX3R-7SVE> (“Sin embargo un riesgo de inundación no habría podido atribuirse solo a RWE AG.”) “Eine Flutgefahr wäre jedoch der RWE AG nicht individuell zuzuordnen.”).

55 República de Filipinas, Comisión de Derechos Humanos, <http://198.23.173.74/chr/> (accedido el 4 de marzo, 2017); Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, Petition To the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change [en adelante Petición de *Greenpeace Southeast Asia*], <https://perma.cc/2S8R-TTKN>.

56 Petición de Greenpeace Southeast Asia, en pp. 3 – 4 (citando a R. Heede, Carbon Majors: Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854-2010, Methods and Results Report (7 de abril, 2014), <https://perma.cc/CVY4-YANG> (solo en inglés).

57 *Ibid.*, pp. 13–17.

58 *Ibid.*, pp. 30. El alegato de los peticionarios también incluye cinco solicitudes subsidiarias, aunque como los propios peticionarios reconocen: “En el centro mismo de esta petición se encuentra la cuestión de si las Grandes del Carbono demandadas deben o no rendir cuentas —siendo las mayores corporaciones que contribuyen a la emisión de gases de efecto invernadero y que hasta ahora no han podido frenarlas a pesar de que las compañías saben del daño ocasionado, y de la capacidad para hacerlo, y de su posible participación en actividades que podrían socavar las medidas climáticas— debido a las implicaciones que el cambio climático y la acidificación de los océanos tienen para los derechos humanos.” *Ibid.*, p. 17 (subrayado en el original, nuestra traducción).

59 Greenpeace International, *First national human rights investigation into climate change impacts proceeds despite opposition from fossil fuel companies*, 8 de diciembre, 2016, <https://perma.cc/DDJ3-4UY8> (solo en inglés).

60 Véase *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980) (imputación de responsabilidades al fabricante de diethylstilbestrol, una forma de estrógeno sintético recetada a mujeres embarazadas para evitar abortos espontáneos, ya que se había determinado que ocasionó cáncer a la demandante, sin embargo, fue imposible determinar qué fabricante había producido la dosis particular que la madre de la demandante tomó mientras la estaba esperando).

El estado del litigio en materia de cambio climático

no lograron evitar los daños previsible que aquellos ocasionaron. Mientras tanto, medidas de adaptación encabezadas por los gobiernos también han llevado a las partes demandantes a buscar medidas cautelares o compensación por supuestos daños a sus derechos de propiedad. Los siguientes ejemplos provenientes de Estados Unidos y Australia ilustran cada uno de estos casos relacionados con la adaptación.

En los Estados Unidos, el alcance de la inmunidad soberana de los gobiernos local, estatal y nacional desempeña un papel fundamental en los casos que tienen que ver con la responsabilidad por fallas de adaptación (esto es, no tomar medidas para compensar impactos del cambio climático).⁶¹ El conjunto de dos casos consolidados presentados en 2005 después del huracán Katrina ilustra este punto: *In re Katrina Canal Breaches Litigation*⁶² y *St. Bernard Parish Government v. United States*.⁶³ Ambos se centraron en el papel que jugó el canal artificial Mississippi River Gulf Outlet (MRGO) para propagar la oleada del huracán hacia la ciudad de Nueva Orleans. Después de que el Cuerpo de Ingenieros del ejército finalizó la excavación del MRGO en 1968, la acción del oleaje natural, de las tormentas y de las estelas que dejan las grandes embarcaciones erosionaron el cauce, ampliándolo de poco más de 150 m a poco más de 609 m, de tal manera que para 2005 las orillas del canal estaban muy próximas a las protecciones construidas para evitar la inundación de los vecindarios de Nueva Orleans. Al igual que con muchos casos que se centran en la adaptación, el cambio climático se encontraba como telón de fondo más que como parte integral del texto de los casos en cuestión: un clima cambiante fuerza que los actores públicos y privados tomen decisiones con respecto a cómo lidiar con el desplazamiento de costas y con tormentas costeras más frecuentes y poderosas, que al mismo tiempo ocasionan incertidumbres debido a que dichos desplazamientos y patrones climáticos se alejan más de su normalidad histórica.

En los casos en cuestión, los demandantes buscaron argumentar mediante dos teorías los daños ocasionados por los efectos del oleaje de la tormenta Katrina que se propagó vía MRGO hacia Nueva Orleans: alegaron negligencia del Cuerpo de Ingenieros, y que la administración del Cuerpo de Ingenieros encargada

de la gestión del canal había efectuado una toma temporal y sin compensación de la propiedad dañada por la tormenta, en violación de la Constitución de los Estados Unidos.⁶⁴ La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito desestimó la demanda por negligencia en *In re Katrina Canal Breaches*, ya que encontró que la renuncia a la inmunidad soberana prevista por la Ley Federal de Demandas por Delitos Civiles (Federal Tort Claims Act) no abarcaba a la administración del Cuerpo de Ingenieros a cargo del MRGO.⁶⁵ En el caso *St. Bernard Parish Government* La Corte de Reclamos Federales aceptó que la administración del MRGO había hecho una toma temporal, una demanda para la cual la inmunidad soberana no es aplicable.

Los términos “cambio climático” y “subida del nivel del mar” tampoco aparecen en la negativa de moción que emitió la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur para desestimar el caso *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*.⁶⁶ No obstante, el caso surgió a partir de la lucha del Consejo de Shire para determinar qué hacer ante la subida del mar y sus afectos locales. Específicamente, a lo largo de varios años, el Consejo propuso inicialmente una política de abandono controlado (policy of managed retreat) que después desechó, aunque sin cancelarla formalmente. Mientras tanto, los residentes tuvieron prohibido blindar sus propiedades costeras, aun cuando la protección costera que instaló el Consejo durante los decenios de 1960 y 1970 estaba ampliamente erosionada en los tramos que correspondían a los residentes. Los residentes demandaron al Consejo impugnando varios aspectos de su plan de uso de suelo exigiendo compensación y autorización para blindar sus propiedades colocando barreras de rocas, concreto y hule en la costa para prevenir una mayor erosión. Después de que la Corte negó la moción del Consejo para que dicho tribunal desechara las demandas de los residentes, las partes llegaron a un acuerdo, dejando sin resolver si el Consejo tenía responsabilidad o no por los efectos del blindaje que había instalado o de su propuesta de abandono controlado de los terrenos costeros.

Recientemente, ante la corte de federal de distrito de Boston, Massachusetts, se presentó el caso *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil*, que se ha constituido en

61 Para una discusión amplia sobre este tema, véase Jennifer Klein, *Potential Liability of Governments for Failure to Prepare for Climate Change* (agosto, 2015), <http://bit.ly/2jtwRyK> (solo en inglés).

62 696 F.3d 436, 441 (5th Cir. 2012) (en banc).

63 121 Fed. Cl. 687 (2015). El Cuerpo de Ingenieros del ejército ha apelado esta decisión ante la Corte de Apelaciones del Circuito Federal. *St. Bernard Parish Government et al., v. United States*, Case No. 16-2301 (Fed. Cir.).

64 Ambas teorías no solo fueron distintas sino mutuamente excluyentes: mientras las cortes de distrito federales tienen jurisprudencia sobre lo primero, la Corte de Reclamos Federales solo tiene jurisdicción sobre lo segundo. Por ende, un demandante no puede presentar su caso en ambos o argumentar el caso de una en la otra.

65 *In re Katrina Canal Breaches Litig.*, 696 F.3d en 441, cert. denied sub nom., *Lattimore v. U.S.* 133 S. Ct. 2855 (2013).

66 [2016] NSWSC 169.

El estado del litigio en materia de cambio climático

Estados Unidos (*Juliana v. United States*)

Veintiún jóvenes demandantes presentaron una demanda en una corte federal de distrito en contra del gobierno estadounidense, solicitando que la Corte obligara al gobierno a tomar medidas para reducir las emisiones de CO₂, de forma que las concentraciones de CO₂ no fueran mayores a 350 partes por millón para 2100. Los demandantes alegaron que el “sistema climático de la nación” era crítico para sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad, y que la parte demandada violó sus derechos sustantivos de debido proceso al permitir la producción, consumo y combustión de combustibles fósiles en “niveles peligrosos”. Asimismo, los demandantes alegaron que la incapacidad del gobierno de controlar las emisiones de CO₂ constituye una violación a su derecho constitucional a igual protección ante la ley, en la medida en que se le había denegado derechos fundamentales otorgados

a generaciones previas y presentes. Finalmente, los demandantes alegaron que la parte demandada no cumplió con sus obligaciones en el marco de la doctrina del fideicomiso público.

Esta decisión contiene una novedosa aplicación de la doctrina del fideicomiso público, que si bien podría ser desechada mediante apelación es consistente con una serie de casos internacionales donde los litigantes han implicado dicha doctrina al impugnar medidas gubernamentales de mitigación o adaptación inadecuadas. Por lo menos un tribunal se ha referido a ella al apoyar una decisión que invita a la parte demandante a enmendar sus demandas para incluir una que semeja a las que se presentaron en Juliana.

una prueba nacional e internacional para la teoría según la cual los demandantes pueden prevalecer en demandas que se basan en la amenaza de un daño potencial atribuible a una falla o falta de adaptación al cambio climático.⁶⁷ Los demandantes en dicho caso resumen sus principales preocupaciones referentes a una terminal que opera *ExxonMobil* y que también es propiedad de la empresa, desde la cual se distribuyen y almacenan a granel derivados de petróleo:

ExxonMobil no adaptó la terminal Everett ante la creciente precipitación pluvial, la subida de los niveles del mar ni los oleajes provocados por tormentas cada vez más frecuentes y de creciente magnitud, que ponen en gran riesgo dichas instalaciones, la salud pública y el medioambiente, ya que un oleaje significativo provocado por una tormenta, la subida del nivel del mar y/o la lluvia extrema podría inundar las instalaciones y liberar desechos sólidos peligrosos a los ríos *Island End River*, *Mystic River*, y directamente en las calles de la ciudad de Everett.⁶⁸ (Nuestra traducción)

Una decisión favorable a los demandantes en este caso crearía una pauta que otros podrían seguir, es decir, identificar instalaciones que violen disposiciones legales

y usar esa violación como base para hacer obligatoria la adaptación ante los riesgos que surgen debido a los impactos del cambio climático. Debido a que terminales costeras como la de Everett son muy frecuentes e indispensables para la distribución de derivados de petróleo y gas natural, una pauta como ésta sería muy significativa y ciertamente generadora de una pequeña ola de litigación. Además, debido a que los propietarios de instalaciones privadas —a diferencia de las públicas— no cuentan con la protección de la inmunidad soberana, tendrían pocas opciones jurídicas a las cuales recurrir para ayudarles a evadir tener que invertir en medidas de adaptación.

2.2.5 Aplicar la doctrina del fideicomiso público al cambio climático

La doctrina del fideicomiso público (*public trust doctrine*) es un deber ampliamente reconocido en el derecho anglosajón (*common law duty*) con respecto a la soberanía de una jurisdicción dada, al actuar como fideicomisaria de las presentes y futuras generaciones manteniendo la integridad de los bienes públicos en dicha jurisdicción.⁶⁹

67 Demanda, párrafos 70–88, *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil Corp.*, Case No. 1:16-cv-11950 (D. Mass.), <https://perma.cc/P55L-9T9Q> (solo en inglés). La parte demandante también alega violaciones a la Ley de agua limpia (Clean Water Act) que no engarza con los efectos del cambio climático. *Ibid.*, párrafos 194–196, 200–102, 210.

68 *Ibid.*, párrafo 183.

69 Véase Michael C. Blumm y Rachel D. Guthrie, *Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision*, 45 U.C. Davis L. Rev. 741 (2011-2012) (investigación de la aplicación de la doctrina en Asia, África y América del Sur); también véase Alec L. v. Jackson, 863 F. Supp. 2d 11, 13 (D.D.C. 2012), *aff'd sub nom.*, Alec L. ex rel. Looz v. McCarthy, 561 F. App'x 7 (D.C. Cir. 2014), cert. denied, 135 S. Ct. 774 (2014) (“tradicionalmente, la doctrina ha funcionado para restringir la capacidad del Estado para enajenar tierras

El estado del litigio en materia de cambio climático

En tribunales de Ucrania, las Filipinas y Paquistán, lo mismo que en tribunales estatales y federales de Estados Unidos, se han presentado argumentos afirmando que esta doctrina obliga a tomar medidas encabezadas por el gobierno o respaldadas por éste para la mitigación y la adaptación al cambio climático.

Los demandantes que buscan aplicar la doctrina del fideicomiso público a la mitigación del cambio climático en Ucrania, las Filipinas y Paquistán han conseguido logros modestos. En *Environmental People Law v. Cabinet of Ministers of Ukraine*, un tribunal ucraniano trató el asunto de si el gobierno ucraniano tiene la responsabilidad constitucional de regular el “aire” en su calidad de recurso natural “en nombre de y a favor del pueblo de Ucrania”.⁷⁰ Aun cuando el tribunal ucraniano sostuvo que el gobierno tiene ese deber, no pidió al gobierno que hiciera nada más que informar sobre los avances en el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del Protocolo de Kioto.⁷¹ En las Filipinas, un recurso extraordinario presentado ante la Corte Suprema identificó la doctrina del fideicomiso público como una de las bases para solicitar que el gobierno ayudara a mitigar el cambio climático reduciendo el tráfico vehicular motorizado y facilitando el uso de la bicicleta y el desplazamiento a pie.⁷² La peticionaria en el caso *Ali v. Pakistan* también cita la doctrina del fideicomiso público como una de las bases para sus demandas contra la aprobación de yacimientos de carbón en el desierto de Thar otorgada por el gobierno, debido a la degradación ambiental previsible que dichas instalaciones podrían ocasionar directa o indirectamente.⁷³

En Estados Unidos varios grupos de demandantes organizados por *Our Children's Trust* han sostenido frente a varios entes administrativos y tribunales que la doctrina del fideicomiso público obliga que los gobiernos de los estados o el gobierno federal tome medidas ante el cambio climático. Hay consenso generalizado entre los tribunales que la aplicación propuesta de la doctrina

sumergidas en favor del acceso público a y el disfrute público de las aguas que cubren dichas tierras.” [Nuestra traducción].

70 *Environmental People Law v. Cabinet of Ministers of Ukraine* (Kyiv Dist. Admin. Ct. 2011).

71 *Ibid.*

72 Petition for a Writ of Kalikasan and Continuing Mandamus, *Segovia v. Climate Change Commission*, Special Civil Action No. ___, at 23 (S.C. 17 de febrero, 2014), <https://perma.cc/W7XD-L8HH> (“el fideicomisario, esto es, la persona o entidad encomendada —es decir, el gobierno— está obligado a velar por y manejar apropiadamente aquello que le fuera encomendado: las fuentes de la vida, de la tierra, del aire y del agua para el pueblo.” [Nuestra traducción]).

73 *Ali*, Constitutional Petition No. ___ / I of 2016.

“representa una desviación significativa de la forma como tradicionalmente se ha aplicado la doctrina”,⁷⁴ aunque persisten varios desacuerdos en torno a cuestiones clave. Un punto de desacuerdo es si la doctrina del fideicomiso público resulta aplicable en la legislación federal o solo en la legislación de los estados.⁷⁵ Otro es si la doctrina del fideicomiso público abarca la atmósfera o si se derivan obligaciones a partir de los impactos climáticos en los océanos o recursos costeros.⁷⁶ Un tercer desacuerdo surge de la cuestión de si —asumiendo que la doctrina se aplica al cambio climático— el papel apropiado de los tribunales se da en relación con el poder legislativo o con el ejecutivo.⁷⁷

2.3 Tendencias emergentes del litigio en materia de cambio climático

Es posible avizorar dos tendencias emergentes en los próximos años: 1) un creciente número de casos relativos a población que tiene que emigrar y buscan reubicación temporal o permanente fuera de su país o región de origen, debido, por lo menos en parte, al cambio climático, y 2) mayor número de litigaciones relacionadas con el cambio climático en el Sur mundial.

2.3.1 “Refugiados ambientales”

En los noticiarios y en documentos de defensoría y promoción, ocasionalmente se utiliza el término “refugiado ambiental” o “refugiado climático”, sin embargo, su aplicación resulta difícil en términos útiles en un sentido jurídico o práctico.⁷⁸ La definición prevaleciente

74 *Alec L.*, 863 F. Supp. 2d at 13. [Nuestra traducción].

75 Compárese *PPL Montana, LLC v. Montana*, 565 U.S. 576, 604 (2012), y *Alec L. ex rel. Looz v. McCarthy*, 561 Fed. Appx. 7, 8 (D.C. Cir. 2014) con *Juliana v. United States*, No. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146, at *23 (D. Or. 10 de noviembre, 2016).

76 Véase *Chernaik, v. Brown*, No. 16-11-09273, 2015 WL 12591229, en *6–8 (Or. Cir. Ct. 2015); *Foster v. Wash. Dep’t of Ecol.*, No. 14-2-25295-1, 2015 WL 7721362, en *4 (Wash. Super. Ct. 2015); *Sanders-Reed ex rel. Sanders-Reed v. Martinez*, 350 P.3d 1221, 1225 (N.M. Ct. App. 2015).

77 Véase, por ejemplo, *Sanders-Reed ex rel. Sanders-Reed v. Martinez*, 350 P.3d 1221, 1225 (N.M. Ct. App. 2015); *Kanuk v. State*, 335 P.3d 1088 (Alaska, 2014); *Funk v. Wolf*, 144 A.3d 228, 252 (Pa. Commw. Ct. 2016) (“el *mandamus* no mentiría debido a que los peticionarios carecen de un derecho claro para desempeñar las actividades solicitadas, y que la declaratoria de mitigación no serviría a propósito práctico.”) [Nuestra traducción].

78 Véase *Katrina Miriam Wyman*, *Responses to Climate Migration*, 37 *Harv. Envtl. L. Rev.* 167, 196–200 (2013) (examina de forma crítica las definiciones jurídicas que se han propuesto); *Jane McAdam*, *Why a Climate Change Displacement Treaty Is Not the Answer*, 23 *Int’l J. Refugee L.* 2, 13 (2011) (“Desde una perspectiva de política, parece ser prácticamente imposible y conceptualmente arbitrario tartar de diferenciar entre las personas desplazadas que ameritan ‘protección’ a causa del cambio climático y entre

El estado del litigio en materia de cambio climático

de refugiado que establece la Convención de Naciones Unidas sobre Refugiados, excluye las personas desplazadas solo por cambios en su medioambiente.⁷⁹ El término incluso podría resultar engañoso, en tanto que implica que el desplazamiento a causa del cambio climático es o sería predominantemente internacional, más que de carácter nacional.⁸⁰ No obstante, el término significa que el desplazamiento por causas climáticas está en el punto de partida, y lo hace de una forma tal que pone de relieve la ausencia de un marco jurídico capaz de hacer frente a dicho desplazamiento.

Un puñado de casos en Australia y Nueva Zelanda ofrecen un avance parcial de cómo aparecerán los “refugiados ambientales” en los litigios del cambio climático.⁸¹ Sin embargo, la discusión con respecto a si los impactos del cambio climático aportan una base jurídica suficiente a los casos para autorizar la inmigración, no anticipa todo el alcance de lo que posiblemente observaremos en la medida que presiones derivadas del cambio climático incrementen las tasas de migración interna e internacional en los años y decenios por venir. Es muy probable que surja la litigación sobre “refugiados ambientales” durante la recuperación y reubicación interna posteriores a un desastre, durante los esfuerzos internacionales para

quienes son víctimas de ‘meras’ dificultades económicas ambientales.” [Nuestra traducción].

79 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en 33(1), abierto para su firma el 28 de julio, 1981, 189 U.N.T.S. 150; también véase Jane McAdam y Ben Saul, *An Insecure Climate for Human Security? Climate-Induced Displacement and International Law*, en *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* 357 (Alice Edwards & Carla Ferstman eds. 2010).

80 La mayor parte de desplazamiento migratorio que se debe a cambios ambientales se da dentro de las fronteras nacionales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for States Under International Law*, *Submission to the 6th session of the Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action Under the Convention (AWG-LCA 6)*, en 4 (20 de mayo, 2009); véase Marta Picchi, *Climate Change and the Protection of Human Rights: The Issue of “Climate Refugees”*, 13 U.S.-China L. Rev. 576, 579 (2016) (“en este ensayo, el autor utiliza el concepto de ‘refugiado ambiental’ para caracterizar a la población que abandona su lugar de origen debido a presiones ambientales, independientemente de que crucen o no una frontera internacional.” [Nuestra traducción]).

81 *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107 (destaca la pertinencia del cambio climático para inmigrar, sin embargo, la solicitud de visado la concedió sobre otras bases). En los casos: AD (Tuvalu), [2014] 501370-371 (Nueva Zelanda) (rechazo las solicitudes de condición de refugiados); Caso RRT número 0907346, [2009] RRTA 1168, (Refugee Review Tribunal, 10 de diciembre, 2009) (Australia); Refugee Appeal No. 72189/2000 (Refugee Status Appeals Authority, S. Joe, Aug. 17, 2000) (Nueva Zelanda).

facilitar o apoyar directamente la reubicación dentro o fuera de las fronteras de los países de origen, y los procesos para acceder a recursos dentro o a través de las fronteras nacionales debido al desplazamiento de las poblaciones y los cambios climáticos.

2.3.2 Más litigación en el Sur mundial

Varios factores sugieren que la litigación del cambio climático se presentará con creciente frecuencia en el Sur mundial. En muchos casos podría deberse simplemente a una constante proliferación de legislación y de recursos financieros enfocados a la mitigación, adaptación y desarrollo sostenible más generalmente. En otros, dicha litigación podría seguirse a raíz de los avances jurídicos nacionales e internacionales mutuamente reforzantes, como el Acuerdo de París y legislación nacional adoptada con miras a cumplir con los compromisos anunciados durante los acuerdos previos para establecer contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional (INDC, por sus siglas en inglés), y los acuerdos posteriores para establecer las contribuciones nacionalmente determinadas (NDC, por sus siglas en inglés). Más específicamente, cuando REDD+ y el Fondo Verde para el Clima promuevan medidas legislativas o normativa nacionales, es probable que surjan disputas sobre dichas medidas y los recursos que regulan. Hay otro factor más directo que podría promover la litigación en el ámbito climático: la proliferación y difusión del conocimiento de aspectos técnicos jurídicos de litigación del cambio climático (know how) facilitará encontrar abogados capaces con experiencia para presentar alegatos basados en teorías jurídicas probadas,⁸² particularmente porque varias ONG ya están en condiciones de proporcionar asesoría en dichos casos. En resumen, un cuerpo creciente, más coherente y probado de leyes puede proporcionar las bases para litigación que busca responder ante los impactos del cambio climático mediante medidas de mitigación y adaptación.

82 Véase, por ejemplo, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, *Climate Change: A Comparative Overview of the Rights Based Approach in the Americas* 61–66 (nov., 2016), <https://perma.cc/LGQ9-MS8U> (solo en inglés; resume casos adjudicados en el Continente Americano que abordan directa o indirectamente el cambio climático después de describir los antecedentes y el contexto jurídico de dichos casos).

Parte 3. Aspectos jurídicos del litigio en materia de cambio climático



El litigio en materia de cambio climático hace surgir varios aspectos comunes y recurrentes en diversas jurisdicciones. Un tema inicial con el que podrían encontrarse tribunales y abogados son las cuestiones de justiciabilidad, incluyendo aspectos relativos a los principios de comparecencia y división de poderes. Una vez que un tribunal atiende al fondo de la demanda, se abre una gama amplia de fuentes de derechos y deberes legales; entre dichas fuentes se encuentran el derecho internacional, el derecho constitucional, el derecho anglosajón (*common law*), el derecho estatutario o legislativo y las políticas nacionales. Finalmente, los tribunales que encuentren bases jurídicas válidas de una demanda y la violación de una ley deben responder al asunto de la reparación. Esta sección detalla cómo estos temas surgen en distintas etapas de la litigación del cambio climático.

3.1 Justiciabilidad

En general, *justiciabilidad* hace referencia a la facultad que tiene una persona para demandar reparación ante una instancia judicial en caso de que un derecho haya sido violentado o hay riesgo de que ello ocurra.⁸³ El término implica que la persona tiene acceso a mecanismos apropiados para proteger derechos reconocidos. Se dice que un caso es justiciable en una instancia específica si dicha instancia tiene competencia para decidir sobre el asunto en cuestión y considera que puede decidirlo. El análisis de justiciabilidad entraña tanto asuntos legales como de prudencia. Primero está la cuestión de si el

tribunal tiene competencia legal para resolver el caso; lo cual generalmente depende de las atribuciones constitucionales del tribunal. Segundo, está la cuestión de si será o no pertinente que el tribunal decida sobre el caso; es típico que el tribunal tenga discrecionalidad para determinar este asunto con base en los hechos que se le presenten.

La doctrina de justiciabilidad varía de una jurisdicción a otra. De acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, una controversia justiciable “debe ser definitiva y concreta, abordando las relaciones jurídicas de las partes con intereses jurídicos adversos... Debe ser una controversia real y sustancial que admita reparación específica mediante un fallo de carácter concluyente, a diferencia de una opinión que sugiera lo que una ley diría con respecto a una situación hipotética.”⁸⁴ La Cámara de los Lores inglesa ha aplicado un estándar, aunque más general para la justiciabilidad, sosteniendo que una controversia no es justiciable si “no hay normas judiciales o de funcionamiento” que permitan juzgar el caso.⁸⁵

Si bien el perfil preciso de la doctrina de justiciabilidad difiere, hay dos elementos comunes a muchas jurisdicciones. El primero es que la parte demandante debe tener derecho de acción (*standing*) para presentar el caso. Como se detalla enseguida, el criterio para tener derecho de acción está estrechamente vinculado con el principio de que hay un “caso y controversia” real y “normas de funcionamiento” que guíen la adjudicación del caso. El segundo es un requisito de que la resolución judicial

83 International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability* (2008), <https://perma.cc/YU9F-YCNR> (solo en inglés).

84 *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 240 – 241 (1937). [Nuestra traducción].

85 *Buttes Gas and Oil Co. v Hammer* (No 3) [1982] AC 888, at 938.

El estado del litigio en materia de cambio climático

États-Unis (*Mass v. EPA*)

Un groupe d'états, de gouvernements locaux et d'organisations de défense de l'environnement a réclamé le réexamen d'une ordonnance de l'Agence américaine de protection de l'environnement (*US EPA*), qui rejetait une demande de réglementation des émissions de GES provenant des véhicules motorisés en vertu d'une loi, le *Clean Air Act* américain.

Deux grandes questions se sont posées : (1) l'EPA avait-elle le pouvoir légal de réglementer les émissions de gaz à effet de serre en vertu de cette loi, et (2) l'EPA pouvait-elle refuser de réglementer les émissions de gaz à effet de serre en s'appuyant sur des jugements politiques ne relevant pas des considérations réglementaires indiquées dans la loi. La Cour suprême a statué que l'EPA avait effectivement le pouvoir légal de réglementer étant donné que le CO₂ et les autres gaz à effet de serre relèvent de la définition générale de « polluant atmosphérique » donnée dans la loi et que l'EPA ne pouvait rejeter une demande de réglementation pour des motifs qui n'y sont pas énumérés. Le tribunal a renvoyé l'affaire devant l'EPA, lui enjoignant soit de

présenter des preuves de mise en danger par les GES, soit de donner des raisons de ne pas présenter de preuves de mise en danger visées au statut. L'EPA a fini par présenter des preuves positives de mise en danger démontrant que les GES émis par les véhicules motorisés mettaient effectivement en danger la santé et le bien-être publics.

La question de savoir si les requérants—ou toute personne—avaient un intérêt à agir pour contester le rejet par l'EPA de la demande d'élaboration d'une règle a été un point important de controverse dans l'affaire, souligné par les juges dissidents dans leur exposé des raisons pour lesquelles leur décision aurait été différente. Le tribunal a considéré que le Massachusetts et d'autres états avaient intérêt à agir pour contester le rejet en raison de « la position et de l'intérêt privilégiés du Massachusetts ». Comme le tribunal l'a expliqué, « il est d'une grande pertinence de constater que la partie qui demande ce réexamen est un état souverain et pas... un particulier ».

del caso no debe violentar el principio de separación y división de poderes.

3.1.1 Derecho de acción

La definición jurídica de “derecho de acción” (*standing*) o *locus standi*, varía entre países y puede ser más abierto o restrictivo dependiendo de en qué país o sistema jurídico (derecho civil o derecho anglosajón) esté uno operando.⁸⁶ Básicamente, el término hace referencia a los criterios que uno tiene que satisfacer para ser parte en un proceso legal. Es típico que estos criterios busquen asegurar que las partes tienen suficiente interés en el resultado del caso y que las demandas que presentan las partes tienen la posibilidad de encontrar solución judicial. Por ejemplo, algunas jurisdicciones exigen a la parte demandante mostrar que sufrió o sufrirá un daño ocasionado por el alegado comportamiento ilegal de la parte demandada, y que el órgano jurisdiccional puede proporcionar un recurso que elimine o mitigue el daño.

El criterio del derecho de acción podría suponer un obstáculo para la litigación del cambio climático. Por ejemplo, una persona natural podría encontrar difícil establecer una conexión causal adecuada entre las alegadas acciones u omisiones ilegales de la parte demandada y un daño vinculado con los impactos del cambio climático. Esta es una dificultad particularmente en jurisdicciones que requieren que la parte demandante establezca un “daño particularizado” como punto de partida del derecho de acción. No obstante, hay algunas jurisdicciones que permiten que individuos y grupos demanden con base en daños que son generales para la población, lo que facilita a la parte demandante perseguir demandas vinculadas con el medioambiente.

En Estados Unidos, la cuestión del derecho de acción ha sido nodal para la litigación en la esfera del cambio climático. En *Massachusetts v. EPA*, varios estados, ciudades y organizaciones no gubernamentales (ONG) demandaron al gobierno federal, objetando la decisión de no regular las emisiones de GEI de los nuevos vehículos automotores, esto en el marco de la Ley de aire limpio (*Clean Air Act*). La Corte Suprema de los Estados Unidos se apoyó en la condición especial de los estados demandantes como cuasi-soberanos en el sistema federal, y sobre la base de sus derechos y deberes soberanos con respecto a la posible pérdida de

⁸⁶ Véase, George Pring y Catherine Pring, *Environmental Courts and Tribunals*, en *Decisionmaking in Env'tl.* L. (L. Paddock, R. Glicksman y N. Bryner, eds., 2016) (“Standing rules around the world range from very restrictive to very open”); Matt Handley, *Why Crocodiles, Elephants, and American Citizens Should Prefer Foreign Courts: A Comparative Analysis of Standing to Sue*, 21 *Rev. Litig.* 97 (2002).

El estado del litigio en materia de cambio climático

tierras costeras, para llegar a la conclusión de que tenían derecho de acción para demandar.⁸⁷ En contraste, en *Comer v. Murphy Oil USA*, el Quinto circuito de la Corte de Apelaciones encontró que los titulares de propiedades demandantes que sufrieron daños a causa del huracán Katrina no tenían derecho de acción para demandar a las compañías petroleras y de productos químicos por conspiración cívica debido a que los daños sufridos difícilmente podían atribuirse a la conducta de las compañías.⁸⁸ Específicamente, la corte encontró que la cadena causal entre las emisiones de GEI que generaban las actividades de las compañías y los daños ocasionados por el huracán Katrina era demasiado tenue.

Las batallas en torno al derecho de acción se han librado no solo en Estados Unidos. En efecto, en *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, la Corte de Distrito de La Haya sostuvo que Urgenda tenía derecho de acción a título propio gracias a una ley holandesa que permite que organizaciones no gubernamentales presenten demandas ante los tribunales para proteger los intereses generales o los intereses colectivos de otras personas, aunque —“en parte por razones prácticas”— a los 886 individuos que participaron como demandantes no se les reconoció derecho de acción separado del que sí reconocieron a Urgenda.⁸⁹ En el caso australiano *Dual Gas Pty Ltd. v. Environment Protection Authority*, el Tribunal de lo Civil y Administrativo de Victoria encontró que varios demandantes que objetaron la aprobación dada a una nueva central eléctrica, alegando que emitiría GEI que contribuirían al cambio climático, tenían derecho de acción para demandar en el marco de la Ley de protección ambiental (*Environmental Protection Act*).⁹⁰ El tribunal explicó:

... no obstante la naturaleza global del tema de los GEI, debe haber un umbral material en relación con el tipo o dimensión de las operaciones y emisiones que resultan pertinentes para establecer si los intereses de una persona resultan genuinamente afectados o no, en oposición a considerarlo como algo remoto o demasiado general. La emisión de algunas toneladas de GEI de una pequeña factoría en Gippsland no daría lugar, desde nuestro punto de vista, a derecho de acción en el marco de la s33B(1) a un objetor en Mildura, aun cuando represente un incremento progresivo de GEI. No nos es necesario determinar dónde debemos establecer la línea de materialidad. Como hicimos notar en nuestra introducción, la DGDP es una central eléctrica mayor

que generará por encima de 4.2 millones de toneladas de GEI por año a lo largo de un ciclo de vida proyectado de 30 años e incrementará el perfil de emisiones de GEI de Victoria en 2.5% por encima de los niveles de 2009. Desde nuestro punto de vista, esto hace surgir evidentes potenciales problemas de interés material o de preocupación para todos los habitantes de Victoria, y crea un casi único nivel de “intereses afectados” y derecho de acción en comparación con el tipo más habitual de cuestiones que tienen que ver con la aprobación de obras que se presentan en este tribunal.⁹¹ (Nuestra traducción)

La Corte de Nueva Gales del Sur (*New South Wales Land and Environment Court*) llegó a un resultado similar en *Haughton v Minister for Planning and Macquarie Generation*, al sostener que la petición de los demandantes la generaba no solo una “preocupación intelectual o emocional” sino un “interés especial” jurídicamente reconocible en los daños alegados.⁹²

El asunto del derecho de acción para recurrir a la litigación del cambio climático ha recibido mucho menos atención de parte de los tribunales en los países en desarrollo. Por ejemplo, en *Leghari v. Pakistan*, la Corte Suprema de Paquistán señaló que el peticionario era un ciudadano buscando que se hicieran cumplir derechos fundamentales, pero dejó de lado la discusión con respecto al tema del derecho de acción.⁹³ En *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, el Tribunal Nacional Verde de India inició los casos por sí mismo, consistente con su interpretación previa de la autoridad otorgada al tribunal por ley, de forma que el derecho de acción no fue un problema.⁹⁴ Otros casos en los cuales el tribunal tampoco informó o discutió el derecho de acción incluyen *Greenpeace Southeast Asia et al., Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, y en el caso colombiano, Decisión C-035/16 del 8 de febrero de 2016.

3.1.2 Separación o equilibrio de poderes

El principio de separación o equilibrio de poderes dicta que uno de los poderes del Estado no puede exceder la

87 *Mass. v. EPA*, 549 U.S. en 526.

88 *Comer v. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855, 860 (5th Cir. 2009).

89 *Urgenda*, párrafos 1-408, 1-409.

90 *Dual Gas Pty Ltd. v. Environment Protection Authority* [2012] VCAT 308.

91 *Ibid.*, párrafo 134.

92 [2011] NSWLEC 217, párrafos 101-102.

93 *Leghari v. Pakistan*, (2015) W.P. No. 25501/2015 (Decisión Complementaria) en 3.

94 Si bien el estatuto de autorización (la *India National Green Tribunal Act de 2010*) no autoriza expresamente al tribunal para que inicie demandas sin que se haya presentado una, tampoco prohíbe expresamente que el tribunal lo haga, de forma que el tribunal ha ejercido dicha jurisdicción suo motu en numerosas ocasiones. Véase Gitanjali Nain Gill, *Environmental Justice in India: The National Green Tribunal and Expert Members*, 5 *Transnat'l Evtl. L.* 175 (2016).

El estado del litigio en materia de cambio climático

autoridad que tiene por virtud de la constitución u otras leyes, ni invadir los ámbitos de autoridad de otro de los poderes. Si bien es típico que esta doctrina se evoque como una cuestión de derecho constitucional, también se aplica en sistemas no constitucionalistas hasta el punto de que hay políticas, leyes y reglamentación que describen los poderes de cada uno de los poderes del estado. La cuestión que aquí subyace es si los tribunales son o no la instancia apropiada para conocer y resolver asuntos de equidad, de derechos y de obligaciones con respecto al cambio climático.

Los principios de separación de poderes han tenido un peso prominente en la litigación del cambio climático en Estados Unidos. El derecho de acción discutido previamente refleja la preocupación con respecto a la separación de poderes, en la medida que los tribunales invocan notoriamente la doctrina con el fin de limitarse a ejercer el poder judicial, no el legislativo o el ejecutivo que están reservados para los otros poderes del Estado. No obstante, los principios de separación de poderes también adoptan otras formas. En *Connecticut v. AEP* un juez de una corte federal de distrito en Nueva York concluyó que el cambio climático era un asunto “evidentemente político” y “trascendentalmente legislativo” y que la cuestión de la doctrina política le impedía conocer el caso.⁹⁵

La Corte de Apelaciones de Segundo Circuito revirtió este aspecto de la decisión, concluyendo que la regulación de las emisiones causantes del cambio climático no era una cuestión inherentemente política y que estaba perfectamente dentro de las capacidades del tribunal conocer una demanda por molestias públicas contra las fuentes emisoras de GEI.⁹⁶ Finalmente la Corte Suprema de los Estados Unidos declinó conocer los argumentos sustantivos por una razón un tanto distinta, aunque una que de alguna manera partía de la preocupación con respecto a la separación de poderes. La Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que el Congreso, al poner en vigor la Ley de aire limpio (*Clean Air Act*), de alcance federal, y al autorizar a la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (*US EPA*) para que se ocupara de los asuntos del cambio climático, había “desplazado” la autoridad del poder judicial para ofrecer reparación a dichas demandas por molestias públicas.⁹⁷

95 *Connecticut v. Am. Elec. Power*, 406 F. Supp. 2d 265, 267 (S.D.N.Y. 2005).

96 *Connecticut v. Am. Elec. Power*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

97 *Am. Elec. Power v. Connecticut*, 564 U.S. at 415; véase también Kivalina, 696 F.3d en 856 (encontrando que las demandas de los demandantes, en el ámbito del derecho anglosajón, referentes al cambio climático habían quedado desplazadas por la regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero en el marco de la Ley de aire limpio).

Los principios de separación de poderes también fueron un tema que abordó la Corte de Distrito de La Haya en el caso *Urgenda*.⁹⁸ La parte gubernamental demandada argumentó que la reparación que buscaban los demandantes (una orden judicial requiriendo que el Estado limitara las emisiones de GEI) violaría la doctrina de la separación de poderes al tomar una decisión que deberían tomar funcionarios democráticamente electos para colocarla en manos del poder judicial. La Corte no estuvo de acuerdo, al encontrar que la legislación holandesa de hecho exige al poder judicial que valore las acciones de los órganos políticos cuando derechos de los ciudadanos se encuentran en riesgo, aún si los resultados de las resoluciones del caso tienen consecuencias políticas. El tribunal explicó que la demanda de *Urgenda* “básicamente tiene que ver con la protección legal [de derechos]” y por ende requiere intervención judicial.⁹⁹

Este aspecto de la decisión de *Urgenda* no es de sorprender: en términos generales, la adjudicación de disputas referentes a derechos constitucionales o derechos humanos caen directamente en el ámbito de las facultades del poder judicial. En efecto, hay otros casos relativos al cambio climático que implican la protección de derechos constitucionales o humanos donde los tribunales han ejercido jurisdicción sobre disputas que involucran aquellos derechos, sin ni siquiera mencionar el tema de la doctrina de separación de poderes, presumiblemente porque no hay dudas de que dichas disputas caen dentro de la esfera de competencia del tribunal. Estos casos incluyen *Leghari v. Federation of Pakistan*, *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, y *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.*

3.2 Fuentes de derechos y deberes legales

Una vez que se ha determinado que el asunto es justiciable y que un tribunal tiene jurisdicción para conocer el asunto, el caso pasa a las cuestiones sustantivas. En la medida que la litigación del cambio climático se ha ampliado, los abogados y jueces se han encontrado con una multiplicidad de teorías jurídicas que tienen que ver con una diversidad de fuentes de derechos y deberes legales.

3.2.1 Derecho internacional

3.2.1.1 Derechos humanos

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos no reconocen un derecho independiente al medioambiente limpio o a un clima estable. No obstante,

98 *Urgenda*, párrafos 4.94-4.107

99 *Ibid.*, párrafo 4.98.

Filipinas

Greenpeace Southeast Asia y varias organizaciones e individuos presentaron una petición solicitando que la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas investigara un tema general —“las implicaciones que el cambio climático y la acidificación del océano tienen para los derechos humanos y la resultante violación de derechos en las Filipinas”— y, otro más específico —“si una de las Grandes del Carbono había violado su responsabilidad de respetar los derechos del pueblo filipino”—.

El fondo fáctico del alegato de la petición se basaba en investigación que identifica la parte de emisiones de GEI antropogénicas que corresponde a una entidad particular desde 1751. La petición nombra 50 de dichas entidades (todas ellas corporaciones que cotizan en bolsa) como responsables. Aunque identifica múltiples fuentes de derechos humanos, se basa fundamentalmente en Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de las

Naciones Unidas. Las respuestas que presentaron dichas entidades implicaban o declaraban explícitamente que el Consejo carecía de jurisdicción o autoridad para exigirles respuesta a la petición de *Greenpeace*.

Al igual que *Lliuya v. RWE*, esta investigación se centraba en si la ley debería o no atribuir responsabilidades a partir de la relación causal entre el acto de emitir GEI y los impactos climáticos adversos que finalmente resultan. Sin embargo, debido a que la autoridad del Consejo está limitada a investigar y emitir recomendaciones, el interés en los resultados resulta más bien menor.

desde tiempo atrás se ha reconocido que condiciones ambientales inadecuadas pueden socavar el disfrute efectivo de otros derechos enumerados, como los derechos a la vida, a la salud, al agua y a los alimentos. Consistente con este reconocimiento, el derecho al medioambiente limpio ha quedado codificado en instrumentos internacionales de derechos humanos, en instrumentos no vinculantes pero de relevancia jurídica (*soft law*), acuerdos regionales sobre derechos humanos, constituciones nacionales y constituciones subnacionales.¹⁰⁰ En fechas más reciente la relación entre derechos humanos y cambio climático ha sido objeto de atención para diversos órganos.¹⁰¹ El discurso de cambio climático y derechos humanos se inició en gran medida debido a la litigación.

En diciembre de 2005, el Presidente de la Conferencia Inuit del Círculo Polar presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitando reparación ante violación de derechos humanos resultado del impacto del calentamiento global

y el cambio climático. El alegato de la petición era que los Estados Unidos —el principal emisor acumulativo de emisiones de GEI en ese momento— había violado los derechos humanos de los inuit por no adoptar medidas de control de GEI adecuadas.¹⁰² Aun cuando la Comisión nunca emitió ninguna decisión, la petición tuvo efecto al llamar la atención pública hacia los efectos severos que el calentamiento global tiene sobre los inuit y al impulsar la discusión con respecto a las implicaciones que el cambio climático tiene para los derechos humanos.¹⁰³

En una decisión menos conocida, ese mismo año, que emitió la Corte Federal de Nigeria en el caso *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, se sostuvo que la quema de metano de la empresa Shell durante sus actividades de producción de gas en el delta del Níger violaba los derechos humanos a un ambiente

100 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, Doc. de NU A/HRC/10/61 (15 de enero, 2009), <https://perma.cc/N45M-3VES> (la versión en español puede consultarse en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14880).

101 Véase en general UNEP, *Climate Change and Human Rights* (2016), <https://perma.cc/BF65-E7UP> (solo en inglés).

102 Sheila Watt-Cloutier, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States* (7 de diciembre, 2005) [en adelante *Petición Inuit*]. Los inuit habitan en las regiones árticas de Alaska, Canadá, Groenlandia y Rusia, y han experimentado impactos del cambio climático especialmente rápidos y perjudiciales, incluyendo temperaturas significativamente más cálidas de lo normal, reducción del hielo marino, tasas altas de erosión costera y trastornos del ecosistema que afectan las cadenas alimentarias. Duane Smith, *Climate Change in the Arctic: An Inuit Reality*, UN Chronicle, Vol. XLIV No. 2 (junio 2007).

103 Hari M. Osofsky, *The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights*, 31 Am. Indian L. Rev. 675 (2007).

El estado del litigio en materia de cambio climático

limpio y saludable protegidos por la constitución nigeriana y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.¹⁰⁴ La contribución de los GEI al cambio climático mundial se encontraba entre los alegatos que reconoció el tribunal.

En época más reciente, la legislación internacional sobre derechos humanos ha sido objeto y elemento del litigio en materia del cambio climático. En *Greenpeace Southeast Asia et al.*, ambientalistas y ciudadanos filipinos presentaron una petición ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas para que investigara si un grupo de las “Grandes del Carbono” había violado o no los derechos humanos de los filipinos de acuerdo con la legislación nacional y el derecho internacional.¹⁰⁵ En *Urgenda*, la parte demandante alegó que el gobierno holandés retrocedió en su compromiso adquirido de emisiones de GEI, violando, entre otras cosas, derechos humanos protegidos en el marco del derecho internacional. Aunque la Corte de Distrito de La Haya no adoptó el argumento, sí se refirió a la legislación internacional sobre derechos humanos para llegar a su determinación, de acuerdo con la cual el gobierno sí violó sus deberes adquiridos de protección. En *Leghari v. Pakistan* la Corte Suprema de Green Beach en Lahore llegó a una conclusión similar. Las partes demandantes en demandas similares presentadas en Noruega, Bélgica y Suiza también han aludido a los derechos humanos y deberes en el marco del derecho internacional.

3.2.1.2 Legislación sobre refugiados

En los próximos decenios el cambio climático desplazará a millones de personas de sus hogares. A la fecha se estima que, para 2050, el número de “refugiados ambientales” y “migrantes ambientales” oscilará entre 25 millones y mil millones de personas, y el número podría incrementarse después de ese año si no se reducen de forma seria las emisiones de GEI. No obstante, no existe un acuerdo internacional sobre los derechos de las personas desplazadas a causa del cambio climático o de las obligaciones de los países con respecto a dichas personas. Un par de casos previos en Nueva Zelanda anticipan cómo los tribunales van a abordar dichos casos.

En *loane Teitiotav The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* un ciudadano de Kiribati apeló ante los tribunales de Nueva Zelanda la negativa de otorgarle la condición de refugiado, sosteniendo que los efectos del cambio climático en Kiribati, a saber, la subida del nivel del océano y la degradación ambiental, están forzando que los ciudadanos abandonen la isla.

104 *Gbemre v. Shell*, FHC/B/CS/53/05.

105 Petición de *Greenpeace Southeast Asia*, *supra* nota 53.

La Corte Suprema de Nueva Zelanda concluyó que, el desplazamiento ocasionado por razones ambientales no hacía que el solicitante cubriera los requisitos para obtener la condición de refugiado en el marco del derecho internacional de derechos humanos, incluyendo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). No obstante, la Corte señaló que su decisión no descartaba la posibilidad de que “la degradación ambiental resultante del cambio climático u otros desastres naturales pudieran... abrir una vía hacia la aplicación de la Convención sobre el Estatus de los Refugiados o para la jurisdicción de persona protegida.”¹⁰⁶

In *re: AD* fue otro caso que se presentó en los tribunales de Nueva Zelanda, en el cual una familia procedente de Tuvalu apeló la negativa de visas de residente, para lo cual y de forma similar argumentó que estarían en riesgo de sufrir los impactos adversos del cambio climático si la deportaban a Tuvalu.¹⁰⁷ De conformidad con la ley de inmigración de 2009 (*Immigration Act 2009*), el Tribunal de Inmigración y Protección de Nueva Zelanda encontró que la familia había establecido “circunstancias excepcionales de naturaleza humanitaria que haría injusto o indebidamente severo para los apelantes que se los expulse de Nueva Zelanda.” (Nuestra traducción) Sin embargo, si bien el tribunal reconoció que los impactos del cambio climático podrían afectar el disfrute de los derechos humanos, explícitamente declinó abordar la cuestión de si el cambio climático aportaba o no bases para otorgar visas de residencia en este caso, por lo que más bien basó su fallo en las “circunstancias excepcionales” con respecto a otros factores, incluida la presencia de la familia extendida del esposo en Nueva Zelanda, la integración de la familia en una comunidad neozelandesa y el interés superior de los niños.

3.2.2 El derecho a un ambiente limpio o saludable

Las naciones en todo el mundo han asegurado a sus ciudadanos un derecho constitucional a un ambiente limpio o saludable. De acuerdo con un estudio de 2012, hay por lo menos 92 países que han asignado estatus constitucional a este derecho, y un total de 177 países reconocen dicho derecho en sus respectivas constituciones, legislación ambiental, decisiones judiciales o en la ratificación de algún instrumento internacional.¹⁰⁸ Los tribunales en todo el mundo han empezado a tomar en consideración las implicaciones de este derecho en una época de cambio climático.

106 [2015] NZSC 107, párrafo 13. [Nuestra traducción].

107 [2014] NZIPT 501370-371.

108 David Boyd, *The Constitutional Right to a Healthy Environment*, Env't Sci. & Pol'y for Sustainable Dev., julio-agosto, 2012.

El estado del litigio en materia de cambio climático

India

En *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, la bancada principal del Tribunal Nacional Verde de India (NGT, por sus siglas en inglés) en Nueva Delhi actuó su sponte por virtud de la autoridad que le concedía su estatuto y ordenó a las autoridades en Himachal Pradesh tomar medidas severas para la protección contra los daños ambientales que podrían resultar más probables y extremos ocasionados por el cambio climático. El principal sustento jurídico de la decisión del NGT es el artículo 21 de la constitución de India, que establece un derecho fundamental a lo que el NGT denomina un “ambiente integral, limpio y decente” (*wholesome, clean, decent environment*).

El NGT concluyó que el gobierno de Himachal Pradesh violó sus deberes en el marco del artículo 21 y otras disposiciones al no restringir la urbanización y el tráfico vehicular y humano en y en torno a una zona crecientemente turística, accesible vía el Rohatang Pass.

Esta zona está marcada por el deshielo de glaciares y la deforestación y el NGT concluyó que la emisión de carbón negro debido al tráfico vehicular es una causa principal del deshielo glaciar. Asimismo, el NGT concluyó que el calentamiento global incrementa la necesidad de tomar medidas de protección en una región sensible a las emisiones y la deforestación, y que “existe una necesidad de combatir el cambio climático” con el fin de evitar el tipo de degradación ambiental en cuestión.

En relación con el caso colombiano, la decisión aplicó una ley no escrita para responder ante el cambio climático de una forma que obliga a que los gobiernos respalden y fomenten esfuerzos de adaptación más efectivos ante el cambio climático. Su decisión se enraíza, entonces, en derechos que el tribunal considera comprometidos debido a una combinación de circunstancias ambientalmente cambiantes y omisión gubernamental.

En el caso *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, el Tribunal Nacional Verde de India en Nueva Delhi invocó la protección constitucional del medioambiente y ordenó a las autoridades en Himachal Pradesh tomar medidas severas para la protección contra los daños ambientales que podrían resultar más probables y extremos ocasionados por el cambio climático.¹⁰⁹ En la *Decisión C-035/16 del 8 de febrero, 2016*, la Corte Constitucional de Colombia anuló las disposiciones legales inconstitucionales que amenazaban los ecosistemas de alta montaña, denominados páramos, que se sabe que además de proveer de agua son áreas de secuestro de dióxido de carbono.¹¹⁰ En *Greenpeace Nordic Association and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy* dos ONG ambientalistas presentaron una demanda buscando una declaración judicial por parte de la Corte de Distrito de Oslo en el sentido de que el Ministerio de Petróleo y Energía de Noruega violó la constitución de esa nación emitiendo licencias de explotación de un bloque para la extracción de petróleo y gas ubicado en mar profundo en el Mar de Barents.

Otros casos que han invocado un derecho constitucional o nacional a un ambiente limpio o saludable incluyen:

la negativa del Tribunal Federal Administrativo de Austria, en febrero de 2017, para una tercer pista en el aeropuerto de Viena (señalando que la constitución de Austria y la región de Austria Baja incluyen compromisos con la sustentabilidad y protección del medioambiente), *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* (encontrando el tribunal que la quema de gas por parte de la empresa *Shell* viola el derecho protegido constitucionalmente a un “medioambiente saludable y libre de contaminación”) y *Leghari v. Federation of Pakistan* (encontrando el tribunal que el hecho de que el gobierno no se hubiera preparado para responder ante el cambio climático violó el derecho protegido constitucionalmente a un “medioambiente limpio y saludable”). Como ya se señaló previamente, hay otros casos donde las partes demandantes alegaron violación de otro tipo de derechos —como el derecho a la vida—, sin embargo, dichos casos no implicaron alegatos enmarcados en un derecho a un medioambiente limpio protegido en el ámbito nacional.

Y, sin embargo, hasta ahora muy pocos países parecen estar listos para abordar constitucionalmente el cambio climático. La constitución de la República Dominicana resulta atípica en este sentido. En efecto, bajo el capítulo que aborda “La organización del territorio” se contempla “un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de

109 *State of Himachal Pradesh, M.A. Nos. 389/2014, 1145/2015, 1250/2015, 324/2016 & 325/2016* (Nat'l Green Tribunal).

110 Corte Constitucional, 8 de febrero, 2016. *Decisión C-035/16*.

El estado del litigio en materia de cambio climático

la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático.¹¹¹ La constitución de Túnez procede de la misma forma.¹¹² Disposiciones constitucionales como éstas pueden ofrecer a los gobiernos bases únicas e importantes, e incentivos persistentes para aprobar y aplicar políticas que respondan ante el cambio climático y sus impactos. Instrumentos internacionales como el Acuerdo de París y el Acuerdo de Marrakech de 2016 no pueden sustituir ese tipo de disposiciones, incluso en combinación con las leyes nacionales para aplicar las contribuciones nacionales determinadas.

3.2.3 Derecho anglosajón: agravio, molestia y negligencia

Jurisdicciones donde el derecho anglosajón o *common law* reconoce causas de acción en casos de agravio, molestia y negligencia, que van avanzando y refinando gradualmente mediante jurisprudencia. Las partes demandantes en estas jurisdicciones han comenzado a utilizar esto como base para presentar demandas por daño ocasionado por el cambio climático; la idea es que un gobierno o un actor privado que contribuye al cambio climático comente un agravio, ocasiona una molestia o se comporta con negligencia y que el demandante debe tener, en consecuencia, derecho a alguna forma de resarcimiento judicial por los daños que haya ocasionado aquel comportamiento ilegal. Las jurisdicciones de derecho civil podrían reconocer causas de acción similares en el marco de sus respectivos códigos jurídicos. El código holandés, por ejemplo, reconoce que el gobierno tiene un deber de velar por sus ciudadanos, y esa fue la base para la decisión en el caso de *Urgenda* referido previamente.

No obstante, en general, las teorías del agravio, la molestia y la negligencia no se encuentran disponibles en jurisdicciones de derecho civil. Demandantes en Estados Unidos han buscado llevar a cabo acciones mediante demandas civiles basándose en daños ocasionados por el cambio climático, sin embargo, hasta ahora no han prosperado mucho. Una barrera clave para estas demandas es la doctrina del desplazamiento, según la cual la codificación legal y reglamentaria del derecho desplaza al *common law* si la codificación se refiere directamente al asunto en cuestión (eliminando así cualquier causa de acción del *common law*). En *AEP v. Connecticut*, los estados, las ciudades y las ONG demandantes señalaron

que las emisiones de CO₂ de cuatro empresas privadas generadoras de electricidad y la Autoridad del Valle de Tennessee contribuyen al calentamiento global y por tanto constituían una alteración del orden público en el marco de la ley federal, y buscaron una resolución judicial que obligara que las empresas redujeran sus emisiones. La Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que cualquier causa de acción fundamentada en *common law* había sido desplazada por la Ley de aire limpio (*Clean Air Act*), la cual autoriza a la EPA a regular las emisiones de GEI de las plantas generadoras de energía y otras fuentes.¹¹³ En *Native Village of Kivalina*, el noveno circuito amplió esta determinación a demandas de alteración del orden público federal contra varios productores de energía —incluidas *ExxonMobil*, *BP*, *Chevron* y otras empresas extractoras de combustibles fósiles—por daños ocasionados por el cambio climático asociados con las actividades de las partes demandadas.¹¹⁴ De forma notable, las partes demandantes en *Native Village of Kivalina* alegaron que emisiones directas asociadas con las operaciones de las empresas energéticas contribuyeron al cambio climático; no abordaron emisiones indirectas o posteriores asociadas con las actividades extractivas de las demandadas, como las que estarían en cuestión en un caso en contra de dependencias federales por otorgar concesiones mineras.

Las demandas de *common law* también enfrentan retos asociados con la dificultad de establecer una conexión causal entre las acciones de la parte demandada y el daño alegado por la parte demandante. En *Comer v. Murphy Oil USA*, titulares de terrenos alegaron que las emisiones de GEI de ciertas empresas energéticas y químicas contribuyeron al cambio climático, lo que a su vez exacerbó los efectos dañinos del huracán Katrina (lo que constituía una molestia privada, lo mismo que una ruptura del orden público, invasión de propiedad, negligencia, enriquecimiento ilícito, tergiversación fraudulenta y conspiración civil).¹¹⁵ El caso implicó una compleja historia procesal, que incluye: una desestimación en una corte de distrito, una reposición en el Quinto Circuito, una decisión en banc para desalojar la reposición por falta de *quorum*, la presentación de un requerimiento por parte de los querellantes solicitando a la Corte Suprema que reinstalara el panel de decisión, y la desestimación del escrito. La parte querellante volvió a presentar su caso en la corte de distrito el cual fue desestimado teniendo como la base la cosa juzgada; aunque no refiriéndose a

111 Constitución de la República Dominicana, art. 194, <https://perma.cc/ZCJ8-VGGK> (accedido el 21 de febrero, 2017) (La versión en español puede consultarse en: <http://www.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13>)

112 Constitución de Túnez de 2014 (traducida al inglés por el *Constitution Project*), art. 45, <https://perma.cc/4RFF-TXZT> (solo en inglés).

113 *Am. Elec. Power*, 564 U.S. en 424.

114 *Kivalina*, 696 F.3d en 858.

115 *Comer v. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049, 1054 (5th Cir. 2010), petición de mandamiento de negación sub nom. En re *Comer*, 562 U.S. 1133 (2011).

Australia

En *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*, un grupo de demandantes, propietarios de terrenos a lo largo de la playa Belongil en Nueva Gales del Sur, Australia, buscó indemnización por perjuicios de parte de las autoridades del gobierno local (el Consejo de Byron Shire), para cubrir los costos de erigir protecciones costeras en sus terrenos, y compensación por la pérdida de valor de sus propiedades debido a la invasión del mar. La parte demandante alegó que la necesidad de dichas protecciones y la causa de la pérdida parcial de valor de las propiedades se debía al error cometido por las autoridades, que en años previos construyeron una especie de línea costera rígida armada, y argumentaron que el Consejo se comportó de forma negligente por instalar dicha protección armada que desplazó la acción del oleaje hacia las partes adyacentes de la playa donde se ubicaban las propiedades de los demandantes, empeorando ahí la erosión o, de otra forma, que la barrera armada constituía una molestia pública.

Después que la demanda sobreviviera una moción de denegación en marzo de 2016 las aseguradoras del

Consejo, que se habían hecho cargo de la coordinación de la defensa en el caso, llegaron a un acuerdo que liberaba al Consejo de tener que remover la barrera costera armada (principalmente con piedras, concreto y hule) de los terrenos de los demandantes, a menos que dichos demandantes estuviesen de acuerdo con dicha remoción. Si los demandantes quieren hacer agregados a la barrera, deben presentar una solicitud dentro del año posterior al acuerdo, que data de agosto de 2016. Después deben hacer los agregados solicitados un año después de la aprobación de su solicitud. Cualquier reparación subsecuente o agregado será posible después de 20 años, y el Consejo no garantiza que dichas propuestas sean aprobadas.

Este caso ilustra cómo las demandas de *common law* pueden ser manejadas para oponerse a las medidas de adaptación. Es muy probable que se trate de un presagio del gran número de disputas similares que se puede esperar que surjan en la medida que los gobiernos tropiezan con los esfuerzos para facilitar u obligar el retiro de la población de las costas amenazadas por la subida del mar y las tormentas costeras crecientemente poderosas.

sus méritos.¹¹⁶ Como ya se hizo notar con anterioridad, finalmente el caso fue desestimado argumentando falta de derecho de acción, debido a que los demandantes no pudieron establecer que los daños alegados podían ser adjudicados a las emisiones de GEI de las empresas. Si un caso como ese pudiera proceder en juicio, la parte demandante tendría incluso una mayor carga de la prueba para demostrar que las actividades alegadas le ocasionaban daño.

Nuevamente, los problemas que enfrentan las causas de acción del *common law* no se limitan a Estados Unidos. En *Macquarie Generation v. Hodgson*, un caso australiano, la parte demandante solicitó que la licencia otorgada a una termoeléctrica alimentada con carbón debería interpretarse como conteniendo una condición de *common law*, que limitara las emisiones de CO₂ de la planta a un nivel que se alcanzaría ejerciendo cuidado razonable del medioambiente. El tribunal de primera instancia se declaró en favor de la parte demandante,

sin embargo, la decisión fue apelada y revertida. La corte de apelaciones argumentó que la parte demandante no podía prevalecer porque no había alegado que las emisiones de CO₂ de la planta fueron, de hecho, la causa de molestia y no había bases legales independientes para interpretar el otorgamiento de la licencia como conteniendo implícitamente una limitación en las emisiones de CO₂.¹¹⁷ En dictamen, la corte también sugirió que sería difícil tener una molestia procesable partiendo de que las emisiones de “CO₂ son incoloras, inodoras e inertes”.¹¹⁸

Otro caso, *Lliuya v. RWE AG*, fue desestimado sobre una base similar a la articulada en *Comer v. Murphy Oil USA*. En el cual Lliuya, un agricultor peruano, alegó que las emisiones de GEI que generaban las instalaciones de una empresa alemana constituían una molestia en el marco de la legislación alemana. El agricultor solicitó una indemnización para compensar los costos de proteger su pueblo ante el deshielo de glaciares; la indemnización

¹¹⁶ Véase *Comer v. Murphy Oil USA, Inc.*, 839 F. Supp. 2d 849, 855–68 (S.D. Miss. 2012) (desestimado de la demanda nuevamente presentada, sobre la base de prevención, de asunto político, de derecho de acción, cosa juzgada e impedimento colateral), *aff'd*, 718 F.3d 460 (5th Cir. 2013).

¹¹⁷ *Macquarie Generation v. Hodgson*, [2011] NSWCA 424, en parágrafos 35–67.

¹¹⁸ *Ibid.*, parágrafo 45.

El estado del litigio en materia de cambio climático

solicitada (0.47 por ciento de los costos estimados de las medidas de protección) se correspondía con las contribuciones de la empresa a las emisiones de GEI anuales (también 0.47 por ciento). El tribunal desestimó la demanda, en parte porque encontró que no había una “cadena causal lineal” que vinculara el daño alegado con las emisiones de la empresa.¹¹⁹ Los demandantes también han comenzado a usar demandas de common law para hacer que los actores gubernamentales asuman sus responsabilidades por no prepararse para adaptarse al cambio climático. En *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*, un grupo de propietarios de terrenos en Nueva Gales del Sur, Australia, buscó compensación de parte de las autoridades del gobierno local para cubrir los costos de construir protecciones costeras en sus terrenos y compensar por la pérdida de valor de sus propiedades debido a la subida del mar. Las dos teorías legales que sustentaron los propietarios para fundamentar su demanda fueron: (i) que el gobierno local fue negligente al instalar protecciones armadas que desplazaron la acción del oleaje hacia sus propiedades, empeorando la erosión y ocasionando daño, y (ii) que las protecciones armadas en la costa constituían una molestia pública. La demanda sobrevivió una moción para desecharla y, finalmente, quedó saldada fuera de tribunales. En *In re Katrina Canal Breaches*, los titulares de propiedades buscaron indemnización del gobierno de los Estados Unidos por el manejo que hizo de la infraestructura para gestionar las aguas, argumentando que el manejo negligente que el gobierno hiciera del canal contribuyó a los daños que ocasionara el huracán Katrina.¹²⁰ A la parte demandante en ese caso se le negó un resarcimiento, sobre la base de la inmunidad soberana del gobierno ante la demanda de negligencia. Sin embargo, en *St. Bernard Parish Government* la Corte Federal de Apelaciones constató que el mismo manejo de la misma infraestructura efectuó una toma temporal, una demanda a la que no se aplica la inmunidad soberana.

3.2.4 Autoridad legal y política nacional

En varios casos, estatutos o políticas nacionales han codificado obligaciones que actores públicos o privados deben asumir en relación con el cambio climático y, posteriormente, han surgido disputas con respecto a la legalidad, aplicabilidad o aplicación de dichas obligaciones.

119 *David verliert den Kampf gegen Goliath*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15 de diciembre, 2016, <https://perma.cc/X6WQ-LVJ3> (“Eine Flutgefahr wäre jedoch der RWE AG nicht individuell zuzuordnen,” solo en alemán).

120 *In re Katrina Canal Breaches Litig.*, 696 F.3d en 441, cert. denied sub nom., *Lattimore v. U.S.* 133 S. Ct. 2855 (2013).

En la Unión Europea, el desarrollo del Sistema de Comercio de Emisiones de la Unión Europea (EU ETS, por sus siglas en inglés) en el marco del Protocolo de Kioto llevó a que se presentaran varios casos tanto ante los tribunales de la Unión Europea como en tribunales nacionales. La mayor parte de casos relativos al EU ETS fue la impugnación al esquema y subsecuentes regulaciones. Se interpusieron varias demandas contra las directivas que establece el esquema, cuestionando su aplicabilidad en ciertos sectores y países.¹²¹ Cuando en 2008 se aprobó legislación para incorporar al esquema las emisiones de la aviación en la UE, la industria aérea presentó otra demanda.¹²² Se presentaron numerosas demandas durante y después del proceso durante el cual los Estado Miembro elaboraron planes nacionales de asignación (PNA).¹²³ En España, por ejemplo, por lo menos surgieron once casos durante la fase de implementación del EU ETS a través del Decreto Real 1866/2004, que aprobó el PNA para el periodo 2005-2007. Las fuentes emisoras impugnaron sus créditos de emisiones en el PNA y solicitaron un aumento de los derechos de emisión.¹²⁴

En Estados Unidos, se han presentado varios litigios en el marco de la ley federal de aire limpio (*Clean Air Act*), la ley nacional de política ambiental (*National Environmental Policy Act, NEPA*) y la Ley de especies en peligro (*Endangered Species Act*). El primer caso relativo a la Ley de aire limpio fue *Massachusetts v. EPA*, donde la Corte Suprema sostuvo que los GEI estaban dentro de la definición de “contaminante del aire” en la Ley de aire limpio y que, por ende, la EPA tenía autoridad para regularlos (así como la correspondiente obligación de determinar si era necesaria o no una regulación para proteger la salud y bienestar públicos). A partir de esa decisión, se han presentado varias demandas

121 *Société Arcelor v. Premier Minister*, Caso C-127/07, [2008] E.C.R. I-09895 (al desestimar la impugnación de la Directiva 2003/87/EC con base en el principio de igualdad); *Arcelor SA v. Parliament*, Caso T-16/04 [2010] E.C.R. II-00211, (al desestimar la impugnación a la Directiva 2003/87/EC sobre la base de que se violan varios principio de common law); *Poland v. Commission*, Caso T-183/07, [2009] E.C.R. II-03395 (al desestimar la impugnación a la Directiva 2003/87/EC).

122 *Air Transp. Ass'n of Am. v. Secretary of State for Energy & Climate Change*, No. C-366/10, [2011] E.C.R. I-13755 (al impugnar la inclusión de las líneas aéreas estadounidenses al Esquema de Comercio de Emisiones de la UE).

123 Comisión Europea, *Acción por el Clima: Planes Nacionales de Asignación*, <https://perma.cc/P4ZW-7RLQ> (accedido el 4 de marzo, 2017). (Puede accederse al sitio en español en: https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/pre2013/nap_es)

124 Por ejemplo, Juicio No. 5347/2008 del 6 de octubre, 2008, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5) Apelación No. 100/2005.

El estado del litigio en materia de cambio climático

impugnando tanto las regulaciones en el marco de la Ley de aire limpio que la EPA ha promulgado con respecto al control de las emisiones de GEI¹²⁵ lo mismo que por su falta de diligencia para emitir de forma expedita regulación dirigida a ciertas fuentes de GEI.¹²⁶

Estos casos presentados en el marco de la NEPA implicaron que dependencias federales tuvieran la obligación de tomar en consideración el cambio climático al momento de llevar a cabo evaluaciones ambientales para proyectos federales. Ha habido varios casos exitosos en el marco de la NEPA, al señalar que dependencias federales no tomaron en consideración el alcance total de las emisiones asociadas con los proyectos; por ejemplo, las emisiones de GEI de la combustión de carbón que se producirán como resultado de un permiso federal para extraer carbón.¹²⁷ Litigantes también han comenzado a recurrir a la NEPA para impugnar fallas de las dependencias, en cuanto que no consideraron de forma adecuada los efectos del cambio climático en el proyecto ni en sus alrededores. Sin embargo, hasta el momento no ha habido ninguna decisión que derogue una evaluación ambiental por dichos motivos.¹²⁸

Finalmente, la Ley de especies en peligro ha proporcionado las bases para impugnar a dependencias federales cuando no han tomado en consideración el cambio climático al tomar decisiones con respecto a la inclusión y conservación de especies amenazadas y en peligro de extinción. La mayoría de los tribunales que ha conocido estos casos ha sostenido que deben tomarse en consideración los efectos presentes y futuros del cambio climático al momento de decidir si se incluye o

no una especie y determinar el hábitat crítico de dicha especie.¹²⁹

En Australia, el litigio en materia de cambio climático ha estado dominado ampliamente por los casos en torno a la evaluación de impacto ambiental (EIA) y permisos ambientales.¹³⁰ Estos casos generalmente surgen en el contexto en la EIA en los ámbitos federal y de los estados australianos y leyes de planeación, particularmente en la Ley de planeación y evaluación ambiental de Nueva Gales del Sur (*New South Wales Environmental Planning and Assessment Act*) de 1979 y la Ley de planeación y de medioambiente de Victoria (*Victoria Planning and Environmental Act*) de 1987. Algunos casos se han centrado en concesiones otorgadas a fuentes de emisiones, frecuentemente con el objetivo de evitar la producción de energía alimentada con carbón, para lo cual se enfocan en las minas de carbón y proyectos propuestos de plantas generadoras de electricidad.¹³¹ Si bien los tribunales australianos generalmente han manifestado estar de acuerdo en que se debe tomar en consideración las emisiones directas de GEI en el proceso de otorgación de concesiones, por lo general no han encontrado que las emisiones sean una condición suficiente que justifique rechazar una propuesta de proyecto¹³² y han divergido con respecto a las emisiones indirectas o “a la larga”.¹³³ Otros casos se han enfocado en si los proyectos de construcción propuestos toman adecuadamente en consideración o no los impactos futuros del cambio climático y el papel apropiado que debe desempeñar la “EIA inversa” —evaluación de los posibles impactos del cambio climático en el proyecto propuesto— en la asignación de permisos.¹³⁴

125 Véase *West Virginia v. EPA*, No. 15-1306 (D.C. Cir.); *North Dakota v. EPA*, No. 15-1381 (D.C. Cir.); *Americans for Clean Energy v. EPA*, No. 16-1005 (D.C. Cir.). Resúmenes y alegatos de cada uno de estos casos están disponibles en la base de datos sobre litigación del cambio climático en Estados Unidos, en el *Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer, U.S. Climate Change Litigation*: <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/> (solo en inglés).

126 *Americans for Clean Energy v. EPA*, No. 16-1005 (D.C. Cir.); *Center for Biological Diversity v. EPA*, 722 F.3d 401 (D.C. Cir. 2013). Resúmenes y alegatos de cada uno de estos casos están disponibles en la base de datos sobre litigación del cambio climático en Estados Unidos, en el *Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer, U.S. Climate Change Litigation*: <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/> (solo en inglés).

127 Michael Burger & Jessica Wentz, *Downstream and Upstream Greenhouse Gas Emissions: The Proper Scope of NEPA Review*, 41 Harv. Envtl. L. Rev. 2016; Jessica Wentz, *Climate Change and Environmental Impact Assessment*, en *Decision Making in Envtl. L.* vol II 283 (Michael Faure general ed. 2016).

128 Véase Jessica Wentz, *Considering the Effects of Climate Change on Natural Resources in Environmental Review and Planning Documents Guidance for Agencies and Practitioners* (septiembre, 2016).

129 Véase *ibid.*

130 Wilensky, *supra nota* 12, en 153–157.

131 En *Terminals Pty Ltd. v. Greater Geelong City Council*, [2005] VCAT 1988, residentes locales impugnaron el permiso otorgado a una instalación para almacenar productos químicos. El resto de los casos en esta categoría fue para impugnar propuestas para minas de carbón o termoeléctricas alimentadas con carbón.

132 Por ejemplo, *Re Australian Conservation Foundation*, [2004] 140 LGERA 100 (al mantener que el panel de evaluación debe tomar en consideración los impactos de las emisiones de GEI en el medioambiente); *Greenpeace v. Redbank Power*, [1994] 86 LGERA 143, 153-155 (encontró que el proyecto debería ser aprobado a pesar de los impactos en el cambio climático).

133 Véase *Gray v. Minister for Planning* [2006] 152 LGERA 258; *Xstrata Coal Queensland v Friends of the Earth* [2012] QLC 013.

134 Véase, por ejemplo, *Taip v. East Gippsland Shire Council*, [2010] VCAT 1222 (al sostener que la EIA debe tomar en consideración impactos esperados del cambio climático —principalmente subida del nivel del mar— en una zona sujeta a la enmienda del esquema de planificación).

El estado del litigio en materia de cambio climático

Sudáfrica

Recientemente se pidió a la Corte Suprema de Sudáfrica que determinara si, en el marco de la Ley nacional de gestión ambiental 107 (*National Environmental Management Act 107*) de 1998, las consideraciones “pertinentes” para la evaluación ambiental de los planes del proyecto de termoeléctrica Thabametsi, productora de 1200 megavatios, alimentada por carbón, incluyen o no los impactos de dicho proyecto en el clima mundial y los impactos del cambio climático en el proyecto. Es de destacar que el proyecto operaría hasta 2060. El tribunal, después de observar que los estatutos no contemplan explícitamente el cambio climático, sostuvo que dichas consideraciones son pertinentes y que su ausencia en la evaluación ambiental del proyecto hacía ilegal su aprobación. El tribunal citó varias razones, incluyendo los compromisos de Sudáfrica por virtud del Acuerdo de París, para llegar a la conclusión de que el cambio climático es, en efecto, una consideración pertinente para la evaluación ambiental del proyecto Thabametsi.

Ya que la aprobación dada por el Ministro de Asuntos Ambientales ignoró flagrantemente al cambio climático, el tribunal consideró que la aprobación del proyecto era legalmente inválida.

Es muy probable que este caso vaya a tener un significado sustantivo y procesal. Al sostener que por lo menos algunas evaluaciones ambientales sudafricanas llevadas a cabo de conformidad con la Ley nacional de gestión ambiental, de 1998, deben tomar en consideración el cambio climático y sus impactos, el tribunal no solo ha declarado dichos factores como “pertinentes” para las evaluaciones ambientales sino que —debido a los compromisos que Sudáfrica adquirió por virtud del Acuerdo de París y el Acuerdo de Marrakech— también ha creado un obstáculo sustantivo que puede impedir que el Departamento de Asuntos Ambientales autorice un proyecto que tenga impactos climáticos significativos y adversos.

A marzo de 2017, Sudáfrica proporciona otro ejemplo de un país donde las EIA deben considerar el cambio climático. Ello se sigue después de que la Corte Suprema del país desestimó la aprobación de un proyecto de termoeléctrica alimentada con carbón, basando su decisión en que el cambio climático y sus impactos son consideraciones pertinentes para la EIA de un proyecto como ese.

En algunos casos, y en un número creciente, los países han adoptado leyes nacionales de acción por el clima o políticas que pueden proporcionar una base para la litigación. Por ejemplo, recientemente un tribunal federal de lo administrativo en Austria desestimó una propuesta de ampliación del aeropuerto de Viena, basando firmemente su decisión en los requisitos de reducción cuantificable de emisiones de GEI que impuso la Ley de protección del clima (*Climate Protection Act, 2011*) al sector del transporte.¹³⁵ De forma similar, en *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, los peticionarios alegaron que las INDC del país eran inadecuadas porque eran insuficientes ante lo que requería la ley de respuesta al cambio climático de Nueva Zelanda (*Climate Change Response Act, 2002*). El objetivo de dicha ley —que era “permitir que Nueva Zelanda cumpliera

con las obligaciones internacionales contraídas por virtud de la [CMNUCC]” — fue aportar el marco jurídico nacional necesario para impugnar las INDC en cuanto a su insuficiencia.¹³⁶ En *Leghari v. Federation of Pakistan*, la Corte Suprema de Lahore recurrió a la política y marco nacionales para el clima de 2012 y determinó que debido al hecho de que el gobierno no aplicó ese marco violó los derechos fundamentales de los ciudadanos paquistaníes. En este caso, la existencia de un marco de política proporcionó las bases para evaluar la legalidad de la acción gubernamental (o, para ser más precisos, de la negligencia) y para especificar la reparación (la plena y expedita aplicación del marco).

3.2.5 Enfoques híbridos: el deber de velar por y el fideicomiso público

Algunas fuentes de derechos y obligaciones jurídicas incorporan elementos constitucionales, del *common law* y de otros estatutos. Por ejemplo, en *Urgenda*, el Tribunal de Distrito de La Haya encontró que el gobierno debe “hacer más para evitar el peligro inmediato que supone el cambio climático” porque debe a sus ciudadanos “el deber de velar para proteger y mejorar el medioambiente”.¹³⁷ Esta obligación quedó codificada en la constitución holandesa, aunque también existe

¹³⁵ Véase Klimaschutzgesetz [Ley de protección del clima], Bgbl. I Nr. 106, 4 (nov. 2011), <https://perma.cc/2HR2-VB5Q> (solo en alemán).

¹³⁶ Climate Change Response Act 2002 § 3(1)(a).

¹³⁷ *Urgenda*, en 1 (resumen) [nuestra traducción].

El estado del litigio en materia de cambio climático

un deber similar en el *common law* en la medida que el concepto de “negligencia” queda típicamente definido como una violación del debido cuidado que se le debe a otra persona. El tribunal reconoce explícitamente este vínculo, haciendo notar que debe considerar si hubo o no una “negligencia peligrosa e ilegal por parte del Estado” para determinar si éste ha violado o no dicha obligación.

El enfoque adoptado en *Urgenda* puede y ha sido adaptado a otras jurisdicciones que también han impuesto a los actores gubernamentales un “deber de velar por”. En efecto, los litigantes han presentado casos similares en Suecia, *PUSH Sweden, Nature & Youth Sweden, et al. v. Government of Sweden*, que alega que el gobierno nacional violó su deber de velar por los ciudadanos al permitir que una empresa propiedad del Estado solo dejara de invertir en (en lugar de cerrar) las minas de carbón y activos impulsados por carbón. La queja hace notar que “[e]l alcance del deber de velar queda determinado por una combinación de consideraciones como la adhesión de Suecia a convenios internacionales, la adopción de metas ambientales nacionales, legislación ambiental [y] estatutos gubernamentales”,¹³⁸ así como la constitución sueca.¹³⁹

Recurrir a la doctrina del fideicomiso público también puede ser considerado como un enfoque híbrido de la litigación: es ante todo una doctrina del *common law*, aunque también puede contener elementos de disposiciones constitucionales y de otros estatutos, por ejemplo, disposiciones constitucionales que exigen que el gobierno proteja o se encargue de la gestión de recursos partiendo del interés público. Mediante la litigación *Our Children’s Trust*, se han presentado varias demandas en el sentido de que las fallas para mitigar el cambio climático es una violación del deber del gobierno en el marco de la doctrina de fideicomiso público. También se han presentado demandas recurriendo al principio del fideicomiso público en las Filipinas, Paquistán y Ucrania (véase sección 2.2.5)

3.3 Reparaciones/objetivos

Los casos que discutimos en las secciones precedentes, y perfilados a lo largo del texto, muestran que el litigio en materia de cambio climático busca en algunos casos reparación convencional, mientras que en otros busca reparación de una escala y alcance radicalmente distintos a lo convencional. Las reparaciones convencionales incluyen que los jueces se manifiesten en relación con la legalidad de las acciones o de la negligencia impugnadas, mandatos para emprender ciertas acciones o detener otras, y el encontrar responsables por los daños y perjuicios sufridos por la parte demandante.¹⁴⁰ Los remedios no convencionales incluyen mandatos destinados a cambiar las características básicas de las políticas nacionales de energía y transporte.¹⁴¹

138 *Ibid.* párrafo 95 [nuestra traducción].

139 *Ibid.* párrafo 92.

140 Véase, por ejemplo, *Lliuya v. RWE AG*.

141 Véase, por ejemplo, *Urgenda, Ali v. Republic of Pakistan*.

Conclusión

La litigación ha surgido como una característica destacada de los esfuerzos en curso para fomentar las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático. Esto se debe en gran medida al creciente número de legislación nacional que aborda directamente el cambio climático, lo que proporciona puntos de apoyo para que los litigantes persigan que actores gubernamentales y privados asuman su responsabilidad y deber de mitigar o adaptar. También se debe al papel coherente que desempeña el Acuerdo de París, que coloca en un contexto global a leyes y políticas nacionales y, por ende, permite que los litigantes interpreten los compromisos y acciones gubernamentales como adecuados o inadecuados. En la medida que la litigación del cambio climático prolifera, aborda una gama amplia de actividades que van de la urbanización costera a la planeación de infraestructura para la extracción de recursos, trazando,

en efecto, mediante acciones jurídicas, una variada y larga lista de las formas en que el cambio climático afecta ecosistemas, sociedades y derechos e intereses individuales. Asimismo, ha encontrado una creciente lista de cuestiones jurídicas como el demostrar la relación causal necesaria para establecer responsabilidades y la pertinencia de la doctrina del fideicomiso público en los enfoques de los gobiernos hacia la mitigación y adaptación al cambio climático. Además de haber proliferado, la litigación en materia de cambio climático también parece crecer en ambición y eficacia: casos en todo el mundo ofrecen ejemplos de litigantes haciendo que los gobiernos asuman sus responsabilidades e informen por las acciones o negligencia que afectan los derechos de dichos litigantes en medio de cambios en el clima y desplazamiento de las líneas costeras.





ONU medio ambiente

Programa de las Naciones
Unidas para el Medio Ambiente

P.O. Box 30552 - 00100 Nairobi, Kenya
Tel: +254 20 762 123 4
Email: publications@unep.org
www.unep.org