Año I, N.° 1
Setiembre 2023
ISSN: 2961-2853

Perspectivas sobre los litigios climáticos

Perspectives on climate litigation

Francesca Benatti[*] [**]

Sumario

1.- Introducción. 2.- Una definición compleja. 3.- Los actores. 4.- Responsabilidad civil y litigios climáticos. 5.- Conclusiones.

Resumen

El ensayo examina la evolución de los litigios sobre el cambio climático a la luz de la jurisprudencia reciente. Se centra en los perfiles problemáticos de esta evolución que conciernen a los aspectos jurídicos y políticos. Una posible solución es abordar la cuestión medioambiental desde una perspectiva local y minimalista.

Palabras clave: responsabilidad, medio ambiente, jurisprudencia, derechos humanos.

Abstract

The essay examines the evolution of climate change litigation in light of recent jurisprudence. It focuses on the problematic profiles of this evolution that con-

* Profesora de Derecho Comparado, Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán. Miembro del Comite Consultivo del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil. correo electrónico francesca.benatti@unicatt.it. Orcid: 0000-0002-7594-3199

** Benatti, F. (2023) Perspectiva sobre los cambios climáticos. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil (1)*, 37-65.

cern legal and political aspects. One possible solution is to approach the environmental issue from a local and minimalist perspective.

Keywords: *responsibility, environment, jurisprudence, human rights*

1. Introducción

En la lucha contra el cambio climático existen perfiles 'glocales', es decir, la intersección de elementos globales y locales (Pozzo, 2021). Por un lado, el marco normativo surge principalmente de la legislación internacional que se ha desarrollado desde la adopción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992.

De gran importancia fueron sobre todo el Protocolo de Kioto de 1997 y el Acuerdo de París de 2015, que marcaron un cambio de perspectiva. El enfoque inicial considerado top-down y basado en un estricto principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (CBDR) y con un estricto mecanismo de cumplimiento, en el que, sin embargo, no participaban los países más contaminantes, fue sustituido por un enfoque bottom-up caracterizado por diferentes compromisos establecidos a nivel nacional acompañados de un modelo de implementación más flexible con la adhesión de casi todos los miembros de la ONU (De Vilchez Moragues, 2022, p. 98).

Los acuerdos internacionales han afectado a la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones. Relevante es, por ejemplo, la sentencia Thomson del Tribunal Superior de Nueva Zelanda, en la que se señala la necesidad de interpretar el Derecho nacional a la luz de las obligaciones internacionales contraídas. Así, para garantizar el cumplimiento del Acuerdo de París, el poder ejecutivo está obligado a considerar la fijación de un nuevo objetivo de reducción de emisiones[1]. En otros casos se adopta una perspectiva ligeramente distinta. En Klimaseniorinnen, el Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones calificó los acuerdos internacionales no como una obligación de introducir límites más estrictos a la reducción de emisiones, sino como una muestra del compromiso estatal de contribuir a la mejora del clima[2].

Por otra parte, en materia de protección del medio ambiente, se ha observado una rápida circulación de modelos, especialmente euro-

1 Thomson contra el Ministro para Cuestiones de Cambio Climático [2018] 2 NZLR 160.

2 Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones, Decisión relativa a la solicitud de 25 de noviembre de 2016, Berna, 25 de abril de 2017.

peos, tanto legislativos y reglamentarios como jurisprudenciales.

En esa línea, el elemento local no puede pasarse por alto en el análisis. En primer lugar, parte de la jurisprudencia sigue remitiéndose únicamente a la normativa nacional. En Nature and Youth y Greenpeace Nordic, el Tribunal de Apelación noruego destacó cómo la regulación internacional de las emisiones de gases de efecto invernadero se basa en consideraciones prácticas y no en una limitación inherente a la ley", pero no obstante reiteró que los acuerdos internacionales son "cruciales para resolver los problemas medioambientales globales", ya que "ayudan a clarificar lo que es un límite de tolerancia aceptable y las medidas apropiadas"[3]. (De Vilchez Moragues, 2022, p. 125). Sin embargo, la base jurídica para evaluar los esfuerzos climáticos sigue siendo el artículo 112 de la Constitución noruega, puesto que, como ya observó el Tribunal de Distrito, "ni Noruega ni los países que se encuentran en la misma situación tienen la obligación de tomar medidas para compensar el efecto del petróleo y el gas exportados a otros Estados"[4] .

La doctrina comparada ha aclarado además que la circulación de modelos jurídicos debe confrontarse siempre con el contexto jurídico, social, cultural y económico local: la mera copia, sin adaptación, podría conducir a resultados decepcionantes (Graziadei, Pozzo). De hecho, los cambios legales no suelen bastar para lograr mejoras efectivas.

La misma opinión puede encontrarse en la jurisprudencia, que ha señalado con resignación que, "si la mera promulgación de leyes relativas a la protección del medio ambiente garantizara un entorno limpio y libre de contaminación, la India sería quizá el país menos contaminado del mundo".

Pero no es así. Se dice que hay más de 200 leyes centrales y estatales relacionadas, al menos en parte, con la protección del medio ambiente, directa o indirectamente. La plétora de leyes de este tipo, por desgracia, no ha impedido la degradación del medio ambiente, que, por el contrario, ha aumentado con los años[5].

3 Greenpeace Nordic et al contra el Gobierno de Noruega, Tribunal de Apelación de Bogarting, 23 de enero de 2020.

4 Föreningen Greenpeace Norden, Natur og Ungdom contra el Gobierno de Noruega (4 de enero de 2018) Tribunal de Distrito de Oslo 1.

5 Supreme Court of India-Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India 1996 (5)SCC 281, 293.

Sobre todo, una perspectiva local permite no sólo considerar las medidas a tomar en su contexto real, sino que sobre todo puede conducir a una mayor implicación de las comunidades debido a su apego, incluso afectivo, al territorio.

Además, el cambio climático es de hecho un problema 'glocal' que trasciende las fronteras nacionales y exige respuestas globales, pero que a menudo tiene graves efectos en las realidades locales.

En este contexto, llama la atención la gran relevancia que ha adquirido el tema de los litigios climáticos desde el asunto Estado de los Países Bajos contra Fundación Urgenda[6], que parece haber marcado un cambio en la aproximación de los tribunales a este fenómeno.

En un caso similar, el Tribunal Supremo de Irlanda, refiriéndose ampliamente a la sentencia Urgenda, dictaminó que el Plan Nacional de Mitigación de Irlanda no era lo suficientemente concreto y específico sobre las medidas que el Estado pretendía adoptar para combatir el cambio climático, tal como exigía la Ley de Acción por el Clima y Desarrollo con Baja Emisión de Carbono de 2015: ningún observador razonable, de hecho, habría entendido de su lectura qué iniciativas pretendía concretamente poner en marcha el Estado[7].

Sin embargo, la decisión es más prudente que la holandesa. De hecho, el Tribunal considera que FIE no estaba legitimada para presentar demandas basadas en la violación de la Constitución y del CEDH. Es importante señalar cómo la visión restrictiva de la legitimación va acompañada en el razonamiento de una evidente desconfianza a la hora de ampliar el alcance de los "derechos no enumerados" e interpretar las disposiciones del CEDH en ausencia de una orientación jurisprudencial directa y expresa del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Roy, 2021).

Sin embargo, más interesante, precisamente por su posible evolución, es la otra decisión neerlandesa Milieudefensie et al. v. Royal Shell[8]. Los demandantes, Milieudefensie, otras 6 ONG y más de 17,000 ciudadanos interpusieron una deman-

6 20 de diciembre de 2019, asunto 19/00135.

7 Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland & Others, [2020] IESC 49.

8 RBDHA:2021:5337.

da colectiva contra Shell, alegando que no había tomado medidas suficientes para reducir las emisiones generadas por todo el grupo, incumpliendo así su deber de diligencia para prevenir con sus políticas un cambio climático peligroso. El deber de diligencia se basa en el artículo 6:162 del Código Civil neerlandés[9] a la luz del derecho a la vida y el respeto de la vida privada y familiar, en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH.

El Tribunal falló a favor de los demandantes, reconociendo tanto una "obligación de resultado" de Shell de reducir las emisiones de CO2 generadas en todo el mundo por las actividades de su grupo como una "obligación significativa de hacer todo lo posible" para reducir las emisiones de CO2 generadas en todo el mundo por sus socios comerciales, incluidos proveedores y usuarios finales.

La doble obligación se deriva del deber de "comportamiento socialmente correcto" con arreglo al art. 6: 162 del Código Civil, concretado a través de una evaluación de todas las circunstancias del caso concreto. De hecho, el Tribunal utiliza 14 factores que pueden agruparse en 5 bloques (Macchi & Van Zeben, 2021), que se refieren a:

a) El papel de Shell y su poder para imponer políticas de grupo capaces de reducir las emisiones;

b) Las emisiones reales de CO2 de los RDS y sus consecuencias en los Países Bajos y la región de Walden;

c) El marco normativo, que también incluye instrumentos de Derecho indicativo como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el Pacto Mundial de las Naciones

9 Artículo 6:162 Definición de "acto ilícito".
1. La persona que cometa un acto ilícito (acto ilegal) contra otra persona, que pueda atribuirse a ésta, deberá reparar el daño sufrido por esa otra persona como consecuencia del mismo.
2. Se considera acto ilícito la violación de un derecho ajeno (derecho) y la acción u omisión que infrinja un deber impuesto por la ley o lo que, según el derecho no escrito, debe considerarse un comportamiento social correcto, siempre que no exista justificación para dicho comportamiento.
3. Un daño puede atribuirse al causante [la persona que comete el daño] si resulta de su culpa o de una causa de la que es responsable según la ley o los principios generalmente aceptados (opinión común).

Unidas, o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. A continuación se hace especial hincapié en los RCCDE (sistemas de comercio de derechos de emisión);

d) Los datos científicos recogidos en el Acuerdo de París, respaldados, según el Tribunal, por un fuerte consenso.

e) La eficacia y equidad de imponer una obligación de reducción a los RDS. La exposición de motivos señala cómo el equilibrio entre las políticas climáticas y el deber de satisfacer la demanda energética está presente tanto en el Acuerdo de París como en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Además, la inacción de las empresas competidoras o del propio Estado no justifica la insuficiencia de las medidas de RDS. De hecho, hay que considerar cómo el interés público en la protección del medio ambiente prevalece sobre la libre iniciativa privada.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera proporcionado exigir a RDS que reduzca las emisiones en un 45 % respecto al nivel de 2019, de aquí al 2030. Como era de esperar, la decisión ha suscitado un acalorado entusiasmo y feroces críticas. Desde un punto de vista más equilibrado, se ha argumentado que la afirmación de la existencia de tal obligación puede apoyarse dado que la propia RDS se refiere a ella ampliamente en sus documentos sociales, políticas de grupo y campañas promocionales. Sin embargo, lo que parece problemático es su contenido concreto. Otro perfil crítico, planteado por RDS y rechazado por el Tribunal, se refiere a la imposición de la obligación a una sola empresa, con una posible ventaja competitiva para las demás. Sin embargo, se puede observar que el objetivo de la decisión es establecer una normativa que luego deberían respetar todos los agentes económicos: de hecho, es de esperar que el riesgo de acciones legales similares lleve a otras empresas a adaptarse a los parámetros establecidos en Milieudefensie.

2. Una definición compleja

Ante el aumento paulatino de los conflictos climáticos, los estudiosos han insistido acertadamente en la necesidad de definirlos (Peel & Osofsky, 2020), lo cual no es sencillo. De hecho, el paisaje es variado y las clasificaciones pueden basarse en distintos elementos.

En primer lugar, una primera distinción puede referirse a los fines perseguidos por las acciones contra el cambio climático. En esta perspectiva se han identificado cuatro tipos (Galeigh, 2010):

a) Defensivas, que sirven para mantener y cristalizar el *statu quo* en sistemas que no cuentan con normativas medioambientales estrictas;

b) Promocional, que consiste en utilizar normas jurídicas más generales, que carecen de las características necesarias para el cambio climático, con el fin de promover resultados medioambientales positivos a través de la intervención reguladora impuesta por los tribunales;

c) Las pruebas de delimitación, que tratan de trazar los límites del régimen regulador. En concreto, pretenden dar respuesta a diversas cuestiones, como la eficacia de la normativa, su finalidad y su constitucionalidad.

d) El refinado, que tiene lugar en un entorno muy regulado, con el objetivo explícito de mejorar aún más el comportamiento medioambiental de los agentes que operan en ese contexto.

Otra clasificación se refiere al contenido de la acción y, más concretamente, a su relación con el cambio climático. De hecho, esto puede limitarse únicamente a los casos que plantean expresamente la cuestión, o puede ampliarse a los que tocan indirectamente el tema. Un ejemplo es una acción judicial para bloquear la construcción de una planta industrial por su futuro impacto en el medio ambiente.

Otro perfil de diferenciación se refiere a la conveniencia de referirse sólo a las sentencias judiciales o, en cambio, incluir otros tipos de procesos de toma de decisiones cuasi judiciales, como los que terminan en acuerdos. Por último, sólo pueden tenerse en cuenta los casos con un objetivo pro-regulación, o incluso los presentados por las industrias para impugnar la normativa climática (Peel & Osofsky, 2020).

Otra diferencia, que se ve afectada por el tipo de acción, la encontramos en referencia a los actores, que pueden ser ONG, comunidades individuales, empresas o incluso Estados. Esto también afecta a la prevalencia del elemento público frente al privado en el litigio.

Emblemático es el caso de la República de Vanuatu, un pequeño Estado formado por 82 islas volcá-

nicas de las que 65 están habitadas. Según las previsiones, debido al cambio climático podría sufrir, por término medio a largo plazo, daños por valor de 48 millones de dólares al año, lo que equivale aproximadamente al 6% de su PBI. Estas pérdidas podrían ascender a más de 330 millones de dólares en los próximos 50 años. Además, cada catástrofe podría causar más de 725 muertos.

Ante tan trágicas predicciones, el Ministro Regenvanu afirmó así su voluntad de explorar "todas las vías para utilizar el sistema judicial en diversas jurisdicciones -incluido el derecho internacional- con el objetivo de trasladar los costes de la protección del clima a las empresas de combustibles fósiles, las instituciones financieras y los gobiernos que han creado activa y conscientemente esta amenaza existencial para Vanuatu" (Wewerinke-Singh & Hinge Salil, 2020, p. 686). Tras declarar la emergencia climática, en noviembre de 2022, el Estado publicó un proyecto de resolución de la ONU para solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la obligación legal de los Estados de actuar por el clima y las consecuencias de causar daños.

No obstante, cabe destacar que en los litigios sobre el clima estamos asistiendo a un cambio de las "generaciones tradicionales" a las "nuevas generaciones", en las que "las partes pueden no estar llevando a cabo acciones para avanzar en resultados beneficiosos para hacer frente al cambio climático como objetivo principal". Sin embargo, aunque estén impulsados por motivos comerciales, el resultado final es potencialmente beneficioso para hacer frente al cambio climático cuando los casos fomentan una mejor consideración de los riesgos del cambio climático en la toma de decisiones empresariales y la eventual adopción de prácticas de energía limpia" (Peel, Osofsky y Foerster, 2017).

Este nuevo enfoque puede encontrarse en los litigios entablados contra empresas y directivos por no revelar y considerar los posibles efectos negativos del cambio climático en la actividad económica. El hecho relevante es que no sólo las interponen organismos gubernamentales y reguladores u ONG, como ocurría tradicionalmente, sino también accionistas e inversores. Esto confirma el paso de una visión puramente económica del interés social a otra más matizada y orientada a las partes interesadas.

En estas nuevas disputas, un actor central, aunque formalmente ausente, son las "generaciones

futuras", en cuyo interés se interponen las acciones climáticas. En Neubauer[10], el Tribunal Constitucional alemán dictaminó que la Ley Federal de Protección del Clima era parcialmente inconstitucional, basado en datos científicos, incluidos los del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

De hecho, constató la obligación constitucional del Estado de revisar los efectos de la distribución intertemporal de sus leyes climáticas y de distribuir equitativamente las emisiones permitidas a lo largo del tiempo y de las generaciones. De hecho, el principio de proporcionalidad dicta "que no debe permitirse que una generación consuma grandes porciones del presupuesto de CO2 y soporte una parte relativamente menor del esfuerzo de reducción si ello significa dejar a las generaciones posteriores con una drástica carga de reducción y exponerlas a una grave pérdida de libertad, algo que los demandantes describen como una 'parada de emergencia'". Esto se traduce en la obligación del Estado de corregir y reforzar las disposiciones existentes en materia de protección del clima persiguiendo objetivos más ambiciosos y, en particular, introduciendo disposiciones específicas sobre cómo reducir el CO2 más allá de 2030.

En los sistemas de derecho anglosajón o influidos por ellos, la referencia a las generaciones futuras se enmarca en la institución del *public trust*, que, como mencionan Sax y Wilkinson, tiene su origen en el derecho romano, en las Institutas de Justiniano, en la Carta Magna Inglesa y en los escritos de Sir Matthew Hale. El primer reconocimiento judicial en EE.UU. se produjo con el caso Carson contra Blazer[11], que se refería a la reclamación de un propietario ribereño de derechos exclusivos para capturar peces hasta la mitad del río Susquehanna. El Tribunal Supremo de Pensilvania dictaminó que el propietario no tenía "ningún derecho exclusivo a pescar en el río situado inmediatamente delante de sus tierras..." [porque] el derecho a pescar [en un gran río de agua dulce no sujeto a la influencia de las mareas] corresponde al Estado y está abierto a todos". Esta visión mítica, considerada por la doctrina del public trust como una creación de la fusión del pensamiento del common law y del civil

10 BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 - Alemania
11 2 Binn. 475 (Pa. 1810).

law, sirvió para facilitar el establecimiento de la institución.

Sin embargo, fue decisivo para la popularización de la institución el artículo de Sax de 1970 en el que teorizaba cómo "se basa en tres principios interrelacionados. En primer lugar, que ciertos intereses -como el aire y el mar- son de tal importancia para el conjunto de la ciudadanía que no sería sensato convertirlos en objeto de propiedad privada. En segundo lugar, que pertenecen tanto a la riqueza de la naturaleza, más que a la iniciativa individual, que deberían ponerse a disposición de toda la ciudadanía, independientemente de su situación económica. Y, por último, que el principal objetivo del gobierno es promover los intereses de la comunidad en general, más que redistribuir los bienes públicos de amplios usos colectivos a estrechos beneficios privados". Aunque la tesis fue criticada tanto porque se basaba en fundamentos jurisprudenciales inciertos como porque abría la puerta a un activismo judicial potencialmente incontrolable, Sax consiguió superar las limitaciones tradicionales de la confianza pública, que se aplicaba casi exclusivamente en el ámbito del agua, y transformarla en una poderosa herramienta de protección del medio ambiente.

La afirmación de la institución queda demostrada por la jurisprudencia estadounidense, que, a partir del caso resuelto por el Tribunal Supremo de California, no ha dudado en aplicarla, perfilando sus contornos, pero sobre todo por su difusión en otras experiencias jurídicas.

El Tribunal Supremo indio, en la famosa sentencia Mehta contra Kamal Nath y otros[12], de 1996, calificó el fideicomiso público de parte integrante del ordenamiento jurídico: el Estado es, de hecho, el fideicomisario de todos los recursos naturales que, por naturaleza, están destinados al uso y disfrute públicos. El público en general es el beneficiario de las orillas del mar, las aguas corrientes, el aire, los bosques y las tierras ecológicamente frágiles. El Estado, como fideicomisario, tiene por tanto el deber legal de proteger los recursos naturales, que no pueden convertirse en propiedad privada.

La institución encuentra una elaboración completa en la decisión en Fomento Resorts & Hotels v. Minguel Martins[13], en la que el

12 [1997] 1 SCC 388.
13 [2009] I.N.S.C. 100.

Tribunal vincula el fideicomiso público a la tradición filosófica y religiosa del país, recordando cómo la sociedad india, desde tiempos inmemoriales, ha sido consciente de la necesidad de proteger el medio ambiente y la ecología. Y "vivir en armonía con la naturaleza". En el pensamiento de los sabios, según el tribunal, hay ya sobradas pruebas del respeto que la sociedad ha tenido siempre por todas las formas de vida: "era un deber sagrado de todos protegerlas...", la gente adoraba los árboles, los ríos y el mar, que eran tratados como pertenecientes a todos los seres vivos. Los niños recibían educación (...) sobre la necesidad de mantener limpio el medio ambiente y de proteger la tierra, los ríos, el mar, los bosques, los árboles, la fauna y todas las especies vivas".

La misma opinión se mantiene en Pakistán y, sobre todo, en Filipinas. Partiendo de la disposición constitucional del deber del Estado de proteger y promover el derecho de las personas a una ecología equilibrada y saludable de acuerdo con el ritmo y la armonía de la naturaleza, el Tribunal Supremo ha hecho suya la institución del fideicomiso público. En el asunto Oposa contra Factoran[14], que se refería a una **demanda colectiva** interpuesta con el fin de anular, impedir la renovación y la firma de contratos de licencia maderera en el país, señaló que el derecho al medio ambiente forma parte del derecho natural y debe reconocerse con independencia de su adopción expresa en la Constitución. Sobre todo, advierte de que la "solemne obligación" del Estado de preservar la naturaleza no es sólo para con la sociedad actual, sino también para con las generaciones futuras que, de lo contrario, "no heredarán más que una tierra estéril incapaz de sustentar la vida". En efecto, por "naturaleza" se entiende el mundo creado en su totalidad. Este ritmo y esta armonía incluyen necesariamente, entre otras cosas, la sabia ordenación, utilización, gestión, renovación y conservación de los bosques, minerales, tierras, aguas, pesquerías, fauna y flora silvestres, zonas costeras y otros recursos naturales del país, de modo que su explotación, desarrollo y utilización sean equitativamente accesibles a las generaciones presentes y futuras".

Aunque la sentencia no dio lugar a resultados prácticos signi-

14 G.R. nº 101083, 224 S.C.R.A. 792 (1993).

ficativos, es pertinente señalar que la concepción expresa del Estado como 'trustee' (fideicomisario) tiene por objeto garantizar la solidaridad intergeneracional. Este pasaje es expresado posteriormente de forma aún más eficaz por el Tribunal Supremo de Filipinas. En Metropolitan Manila Development Authority v. Concerned Residents of Manila Bay[15], catorce residentes presentaron una demanda, quejándose de la contaminación de la bahía de Manila en violación, tanto de la legislación, como de la teoría del fideicomiso público. El Tribunal reafirmó el fundamento del derecho al medio ambiente en el derecho natural y señaló que el deber de limpiar la bahía y mantener limpias las aguas se debe a los ciudadanos presentes y futuros, pues de lo contrario sería una traición a su confianza.

La protección de las generaciones futuras también está en el centro de uno de los casos más famosos de litigios climáticos, Juliana contra Estados Unidos[16]. Veintiún jóvenes representados por One Children Trust actuaban contra el gobierno federal por violar el derecho a un clima seguro y saludable. Por ello, pidieron al tribunal que ordenara al gobierno poner en marcha un plan de transición ecológica.

La mayoría del Tribunal dictaminó que la disposición de un plan integral para disminuir las emisiones de combustibles fósiles y combatir el cambio climático excedería la autoridad correctiva de un tribunal federal. La exposición de motivos señala que, incluso según los expertos, cualquier plan eficaz requeriría necesariamente una serie de complejas decisiones políticas confiadas, para bien o para mal, al juicio y la discreción de los poderes Ejecutivo y Legislativo, entre ellas, por ejemplo, determinar cuánto invertir en transporte público y la velocidad de la transición a las energías renovables. De hecho, la elección entre opciones sociales, políticas y económicas contrapuestas deben hacerla los "representantes elegidos por el pueblo, y no los jueces federales que interpretan la carta fundamental de gobierno de todo el país". Es evidente en el argumento la influencia de la jurisprudencia del juez Scalia, que al definir los límites de la legitimación había intentado identificar criterios para las acciones de protección del medio ambiente.

15 G.R. nº 171947-48, 574 S.C.R.A. 661 (S.C., 18 de diciembre de 2008).
16 Juliana contra Estados Unidos, 4× 4. 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

Dura, incluso en la retórica, es la opinión disidente que señala cómo "en este procedimiento, el gobierno acepta como un hecho que Estados Unidos ha alcanzado un punto de inflexión que requiere una respuesta concertada, y sin embargo sigue avanzando hacia la calamidad". Es como si un asteroide se dirigiera hacia la Tierra y el gobierno decidiera cerrar nuestras únicas defensas (...) Tratando de anular esta causa, el Gobierno insiste sin ambages en que tiene "poder absoluto e irrevisable para destruir la nación". Sin embargo, no parece convincente para responder a la opinión mayoritaria: es insuficiente señalar la necesidad de hacer algo que no tenga que ver con las evaluaciones prácticas. La inacción de los poderes Legislativo y Ejecutivo tampoco puede considerarse una razón adecuada para imponer una solución jurisprudencial cuando no se cumplen los requisitos. Está claro que en el fondo subsiste el contraste entre dos visiones diferentes del papel de los tribunales y de su capacidad para sustituir eficazmente a la política.

Aunque la sentencia ha sido criticada por los activistas del clima y parte de la doctrina, hay que señalar que aporta elementos útiles para una mejor protección judicial del clima. De hecho, es más eficaz aspirar a una protección y preservación del medio ambiente centrada en las necesidades de las comunidades locales en lugar de perseguir objetivos globales que no forman parte de las tareas de los tribunales. De particular interés es la propuesta de esa doctrina que se aleja de la distinción entre políticas de mitigación y de adaptación. Los primeros tienden a reducir los efectos de la contaminación, con acciones como la obligación de disminuir las emisiones; mientras que los segundos se refieren a los ajustes que realizan las sociedades o los ecosistemas para limitar los efectos negativos del cambio climático o aprovechar las oportunidades. Entre ellas se incluyen medidas tan variadas como la elección del agricultor de plantar cultivos más resistentes a la sequía o la de la comunidad costera de proteger sus infraestructuras de la subida del nivel del mar (Schneider, 2017). Desde esta perspectiva, las políticas de adaptación serían más adecuadas para ser aplicadas judicialmente a través de la confianza pública.

Consideremos, por ejemplo, un caso hipotético de contaminación que provoca un riesgo para las playas de una comunidad de Oregón (Schneider, 2017). En primer lugar, es necesario demostrar la "legitima-

ción" de los actores, que deben ser personas que utilicen la playa o las aguas circundantes. Entonces debe demostrarse que existe un deber de la administración de tomar medidas para adaptar la zona a fin de evitar que las actividades recreativas y comerciales en la zona resulten perjudiciales. Así pues, la inacción podría calificarse de incumplimiento del deber fiduciario en la gestión de los bienes y recursos públicos. Por último, debe identificarse una solución específica y adecuada a la situación.

La propuesta parece eficaz y correcta porque equilibraría la protección del medio ambiente con la atención a la situación concreta. Hay que señalar, sin embargo, cómo puede parecer insatisfactoria a los ojos de la parte de la opinión pública y de los medios de comunicación, así como de la doctrina, que desearía soluciones de amplio alcance, como lo demuestran las referencias constantes a las generaciones futuras y la petición de remedios y reglamentaciones "generales". En realidad, la valorización del elemento local permite superar algunas de las dificultades de procedimiento que entrañan las acciones contra el cambio climático y, sobre todo, puede favorecer una mayor implicación de la comunidad directamente afectada y damnificada. Esto no implica necesariamente una menor protección, ya que "sólo a nivel local es realista esperar una mejora". De hecho, no hay pruebas de que las instituciones políticas del mundo hayan hecho nada para limitar los daños: al contrario, al facilitar las comunicaciones mundiales y erosionar las soberanías nacionales y las barreras legislativas, han alimentado la entropía global y debilitado las únicas fuentes de resistencia frente a ella" (Scruton, p. 161).

Así, hay que destacar cómo la definición de los actores que pueden actuar afecta tanto al tipo de litigio como a los objetivos, y la referencia a comunidades indefinidas o a generaciones futuras no siempre conduce a medidas conscientes y útiles.

3. Los actores

La multiplicidad y diversidad de casos concretos en los litigios climáticos también se pone de manifiesto en la distinción entre las acciones legales interpuestas en el Norte Global (EE.UU., Reino Unido, Europa, Australia, Nueva Zelanda) frente a las del Sur (Asia, África, Pacífico y América Latina). Además, la propia política parece más reacia en estos países a abordar la cuestión, al considerar que unas medidas medioambientales estric-

tas podrían tener efectos negativos sobre el crecimiento económico: después de haber contaminado y explotado sus recursos durante décadas, los Estados del Norte global exigirían un reparto de los sacrificios derivados de los cambios políticos.

Parte de la doctrina ha señalado cómo podría adoptarse el principio enunciado en Neubauer para permitir la equidad intraterritorial: limitar las emisiones de los Estados más ricos y facilitar las de los más pobres.

Sin embargo, como se ha observado lúcidamente, hay que evitar las simplificaciones, ya que a menudo se trata de realidades diferentes y no homogéneas. En China y Sudáfrica, por ejemplo, suele haber cooperación entre las políticas reguladoras de los gobiernos y las decisiones de los tribunales. Una excepción es EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs & Others[17], en la que se señaló que "el cambio climático supone un riesgo sustancial para el desarrollo sostenible en Sudáfrica. Los efectos del cambio climático, en forma de aumento de las temperaturas, escasez de agua y mayor frecuencia de las catástrofes naturales, plantean riesgos considerables. Al mismo tiempo, el desarrollo sostenible está íntegramente ligado al principio de justicia intergeneracional, que exige que el Estado adopte medidas razonables [para] proteger el medio ambiente, en beneficio de las generaciones presentes y futuras" y, por tanto, una consideración adecuada del cambio climático.

En India y Pakistán, en cambio, son los tribunales los que lideran los esfuerzos por mejorar la normativa medioambiental (Setzer & Benjamin, 2020; Setzer & Benajamin, 2020 (a)). Es significativo, en particular, el modelo pakistaní que con el caso Asghar Leghari contra la Federación de Pakistán[18] mostró una nueva forma de entender la relación entre el poder político y el judicial en la protección del medio ambiente. Se trataba de un litigio de interés público interpuesto por un agricultor contra el Gobierno nacional por no haber aplicado la Política Nacional de Cambio Climático de 2012 y el Marco de Aplicación de la Política de Cambio Climático (2014-2030). Esto suponía una amenaza

17 EarthLife Africa Johannesburg v. Ministro de Asuntos Medioambientales y otros. Fecha de presentación: 2016. Información para el reportero: Caso nº 65662/16

18 (2015) W.P. No. 25501/201.

para su medio de vida y la consiguiente violación de los artículos 9 (derecho a la vida), 14 (derecho a la dignidad de la persona y a la intimidad del domicilio) y 23 (derecho a la propiedad) de la Constitución. El Tribunal Superior de Lahore falló a favor del agricultor, reconociendo el perjuicio que el cambio climático podría causar especialmente a los sectores más débiles de la población. Además, el Tribunal estructuró un mecanismo mixto gubernamental, técnico y judicial destinado a aplicar las políticas medioambientales, ordenando que:

a) Cada ministerio nombraría a una persona de referencia para el clima que actuaría de acuerdo con el Ministro de Cambio Climático;

b) Se creó una Comisión compuesta por técnicos, miembros de ONG y personal burocrático para verificar las actividades realizadas. La Comisión se reunió 12 veces y en su último informe certificó que se habían completado 2/3 de las acciones requeridas. Posteriormente fue sustituido por un órgano más pequeño, el Comité Permanente sobre el Cambio Climático;

También se reservó la facultad de *continuar el mandamus* para controlar los proyectos y medidas emprendidos por el Gobierno.

La decisión muestra el intervencionismo de un Tribunal que no duda en entrar en política. También parece importante para la evolución futura que el diálogo se haya iniciado con el mundo científico, al que se considera un interlocutor privilegiado. Es, además, un interesante uso de la ciencia.

A pesar de los diferentes matices, existen, sin embargo, peculiaridades de las acciones legales emprendidas en el Sur Global que dependen del contexto, no sólo legal, sino también social, político y económico, de estos países. En primer lugar, se constata una mayor dificultad de acceso a la justicia junto con una menor experiencia en el tratamiento de estos litigios, que presentan perfiles de complejidad debido al entrecruzamiento de perfiles jurídicos y científicos, así como a la concurrencia de diversos intereses. Esto ha llevado a las ONG de los países del Norte Global a entablar una colaboración continua y fructífera para ayudar y apoyar los esfuerzos de los movimientos ecologistas del Sur Global.

Además, estas acciones legales suelen centrarse en la correcta aplicación de la normativa existente, en

lugar de intentar introducir nuevas normas o mejorar las existentes.

Por último, la argumentación tanto de los demandantes como de los tribunales se basa en la violación de los derechos humanos de forma aún más clara que en los casos del Norte Global. Este aspecto es típico de la jurisprudencia de estas jurisdicciones, en las que el activismo del poder judicial suele ir encaminado a colmar las lagunas de la política a la hora de abordar la vulnerabilidad de amplios sectores de la población, al tiempo que se les inculca una mayor conciencia de sus derechos.

Emblemática es la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 2018[19], que calificó el derecho al clima como un derecho fundamental. En la motivación, se señala cómo las emisiones continuadas generan un posible aumento de la temperatura de entre 0,7 y 1,1 grados centígrados entre 2011 y 2041 y de 1,4 y 1,7 grados centígrados entre 2041 y 2070. Esto, unido a la deforestación, rompería la conectividad del ecosistema amazónico con los Andes, causando probablemente la extinción o amenazando la subsistencia de las especies que habitan este corredor. La población también se vería afectada. En algunas regiones del país, se produciría un aumento de los niveles de los cursos de agua y, por tanto, de la escorrentía, generando la propagación de contaminantes transmitidos por el agua, mientras que en otras zonas se provocaría una disminución de los recursos hídricos, con sequías prolongadas.

Central es la referencia al criterio de equidad transgeneracional que se vería vulnerado "en tanto que el pronóstico de incremento de la temperatura para el año 2041, será de 1,6°, y en 2071 hasta de 2,14°, siendo las futuras generaciones, entre ellos, los infantes que interpongan esta salvaguarda, las que seran directamente afectadas, a menos que las presentes, reduzcan a cero la tasa de deforestación". Se reconoce, por tanto, "el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano en detener las causas que provocan la emision de GEI provocada por la abrupta reducción boscosa de la Amazonía, siendo imperante adoptar medidas de mitigación inmediatas, protegiendo el derecho al bienestar abiental, tanto a los tutelantes, como a las demás personas que habitan y comparten el territo-

19 STC 4360-2018

rio amazónico, no solo el nacional, sino el extranjero, junto con todos los pobladores del globo terráqueo, incluidos, los ecosistemas y seres vivos".

4. Responsabilidad civil y litigios climáticos

Los mayores problemas surgen, sin embargo, en el uso de la responsabilidad civil para hacer frente al cambio climático, ya que el caso es difícil de encuadrar en las normas tradicionales (Giabardo, 2020). Por el contrario, se ha subrayado incluso su estructura "anti-tort", debido a la multiplicidad de sujetos y factores que pueden contribuir al perjuicio, a la imposibilidad de fijar límites temporales o geográficos para determinar el caso, que es global y elude fronteras claras, a la dificultad de identificar la relación causal y a la frecuente ausencia de un "daño" cierto y cuantificable derivado de la supuesta conducta ilícita: "en cada etapa del análisis tradicional de la responsabilidad extracontractual -deber, incumplimiento, causalidad y daños-, el demandante en un litigio climático se enfrenta a teorías basadas en una cosmovisión liberal clásica, en la que amenazas como el cambio climático global simplemente no se tienen en cuenta" (Kysar, 2011, p. 9-10).

Se subraya que la presión política y mediática está provocando un cambio notable por parte de los Tribunales en la forma de considerar los litigios climáticos. Emblemático de esta evolución es el caso Lliuya v. Rwe. En 2015, un agricultor peruano residente en el pueblo de Huaraz demandó en Alemania, en virtud del artículo 1004 del Código Civil, a la empresa alemana RWE, que había contribuido con sus emisiones de gases al deshielo de los glaciares. Esto había provocado un aumento del volumen del lago Palacocha con posibles riesgos para el pueblo. Por ello, reclamó una indemnización por daños y perjuicios equivalente al 0,47% del coste total de las medidas de prevención y mitigación adoptadas: el porcentaje se calculó sobre la base de la contribución estimada de RWE a las emisiones industriales mundiales de gases de efecto invernadero desde el inicio de la industrialización. Lliuya no alegó que, en ausencia de la conducta de RWE, no habría habido peligro, sino que habría sido significativamente menor.

En primera instancia, el Tribunal de Primera Instancia de Essen falló a favor de la empresa, al considerar que la demanda no estaba fundada ni era suficientemente específica. Sobre todo, se consideró deter-

minante la ausencia de nexo causal: "Según el principio de la 'conditio sine qua non', toda acción u omisión que, de no haberse producido, habría provocado la nulidad del efecto de que se trate es inicialmente una causa. En el caso de acciones múltiples de distintos autores, ninguna de las acciones respectivas podría hipotéticamente dejar de producirse sin que el efecto quedara anulado (BGH NJW 1990, 2882). Sólo existe concurrencia de causas si la hipotética omisión de una sola de ellas ya anularía el daño (Tribunal Superior de Düsseldorf, NJW 1998, 3720). Los contaminantes emitidos por la demandada son sólo una fracción de los innumerables contaminantes que emiten y han emitido multitud de emisores principales y secundarios. Todo ser vivo es, en cierta medida, un emisor. En el caso de la causalidad acumulativa, sólo la coacción de todos los emisores podría causar el supuesto riesgo de inundación. Las emisiones pasadas y futuras de gases de efecto invernadero de la demandada no podrían hipotéticamente omitirse de la ecuación sin que el supuesto riesgo de inundación se eliminara en consecuencia. Este no es el caso. Incluso las emisiones de la demandada, como gran emisor de gases de efecto invernadero, no son tan significativas a la luz de los millones y miles de millones de emisores de todo el mundo como para que el cambio climático antropogénico y, por tanto, el supuesto riesgo de inundación del lago Glacial no se produjeran si no existieran las emisiones concretas de la demandada."[20]

Cabe señalar que la aplicación estricta de las normas tradicionales de responsabilidad al caso fue considerada insatisfactoria por la doctrina y los activistas climáticos. Desde esta perspectiva, se acogió con satisfacción la decisión del Tribunal de Apelación de Hamm de considerar legítimo el recurso de Lluya, abriendo la fase de investigación con el envío de consultores técnicos al pueblo de Huaraz para verificar el alcance del perjuicio y la contribución de RWE.

A pesar de la lentitud del proceso, se constataron efectos positivos indirectos en el cambio de política de la empresa, que preveía invertir 5,000 millones de dólares en energías renovables de aquí a 2022, con el fin de alcanzar la neutralidad de carbono en 2040. Esto serviría para

20 LG Essen, 15.12.2016 - 2 O 285/15.

demostrar cómo las acciones contra el cambio climático tienen sobre todo la función de conducir a una reducción de los comportamientos contaminantes, incentivando las medidas proambientales.

Un perfil controvertido se refiere a la identificación del deber de diligencia. La doctrina internacionalista distingue desde hace tiempo entre el razonamiento deductivo, que tendría una connotación utópica, y el razonamiento inductivo, más realista. En el contexto de los litigios climáticos, la adopción de uno u otro conduce a resultados muy divergentes. Un ejemplo es la decisión en Milieufeudensie, en la que el Tribunal estableció una norma basada en principios internacionales sin tener en cuenta las prácticas aceptadas y comunes en la materia: no se limitó a interpretar la ley tal cual es, sino que impuso su visión de cómo debería ser.

En derecho de responsabilidad civil, la observación es si en los litigios climáticos debe exigirse el criterio de la persona media, o uno más estricto. El argumento de que "el estándar de la 'persona media' sugiere un razonamiento puramente ascendente, un estándar de 'persona cuidadosa' permitiría a un tribunal buscar un término medio entre el razonamiento ascendente y el descendente, imponiendo a una empresa un estándar ligeramente más estricto que el seguido habitualmente por la empresa media" (Mayer, 2022) parece estar respaldado. Mientras que la primera podría no conducir a ninguna mejora en las políticas de las empresas, la segunda las animaría a tomar medidas más eficaces y, sobre todo, les permitiría adaptarse a una evolución de la norma exigida. Cabe esperar que en 2030 se imponga a las empresas una mayor diligencia climática.

Aún más compleja es la identificación de la relación causal entre una actividad empresarial y los daños climáticos. Se trata de uno de los perfiles más debatidos de la responsabilidad civil, que no ha encontrado respuestas convincentes precisamente por la intersección de valoraciones jurídicas, fácticas y científicas, como muestra un análisis comparativo de las oscilaciones jurisprudenciales.

En los litigios climáticos, parece imposible por el momento llegar a resultados satisfactorios, a pesar de algunos avances logrados por la ciencia de la atribución, es decir, aquella rama de la ciencia "que trata de determinar en qué medida el cambio climático antropogénico ha alterado la probabilidad o la magnitud de un fenómeno meteorológico

concreto o de una clase de fenómenos meteorológicos objeto de estudio". En otras palabras, la ciencia de la atribución estudia cómo experimentan las personas el cambio climático. La definición técnica de atribución es "el proceso de evaluar las contribuciones relativas de múltiples factores causales a un cambio o evento con un evento de asignación de confianza estadística" (Marjanac & Patton, 2018, p. 268).

Decisivo fue el estudio de Richard Heede de 2019 "Carbon Majors", que cuantificó los porcentajes de gases de efecto invernadero atribuibles a empresas concretas. El análisis de los datos permitió identificar a Chevron como el mayor contaminador, responsable del 3,5% de las emisiones totales hasta la fecha, seguido de cerca por Exxon Mobil, con un 3,2%, y BP, con un 2,2%. Los resultados, progresivamente refinados, podrían ser útiles para identificar el impacto de las actividades de estas empresas en la aparición de efectos climáticos adversos.

La ciencia de la atribución se basa en tres pilares: (i) la calidad de la observación; (ii) la capacidad de los modelos para simular el suceso; y (iii) nuestra comprensión de los procesos físicos que impulsan el suceso y cómo se ven afectados por el cambio climático.

En el enfoque basado en el riesgo, el objetivo es estimar las probabilidades y los diagnósticos relacionados, como la fracción de riesgo atribuible (FAR=1 - p0/p1) y la razón de riesgo (RR=p1/p0). Un ejemplo es el estudio de Lewis y Karoly sobre el verano australiano de 2013, considerado extraordinario por el excesivo calor. Su análisis mostró que el riesgo aumentó 2,5 veces hasta 2005 y 5 veces durante el periodo previsto hasta 2020, con una contribución humana "sustancial" al aumento de la probabilidad. Sin embargo, se critica este método por subestimar los riesgos.

En su lugar, parece surgir hoy en día el "enfoque argumental", más apropiado para los casos en que múltiples factores influyen en la ocurrencia de catástrofes naturales. Sobre todo, se observa que las contribuciones dinámicas a los fenómenos extremos, que pueden ser positivas o negativas, a menudo no se conocen bien, mientras que los factores termodinámicos están bien establecidos y, por tanto, deben tenerse plenamente en cuenta a la hora de evaluar los fenómenos meteorológicos. Contrariamente al enfoque basado en el riesgo, este método conduce a una sobreestimación del riesgo.

Sin embargo, precisamente al analizar las dificultades encontradas por los demandantes en el caso Juliana, la doctrina ha puesto de relieve la conveniencia de combinar ambos enfoques. De hecho, el método de la "línea argumental" sirve para evaluar el impacto de un suceso a escala local para ofrecer una explicación condicional y permite cuantificar de forma fiable el impacto de diversos factores causales, entre ellos la exposición y la vulnerabilidad. En cambio, el método probabilístico o basado en el riesgo permite examinar explicaciones alternativas, distinguiendo entre factores termodinámicos y dinámicos y debatiendo la posible atribución de cada uno de ellos al cambio climático (Shepherd, T. G., Boyd, E., Calel, R. A., Chapman, S. C., Dessai, S., Dima-West, I. M., (...) & Zenghelis, D. A., 2018).

Un último perfil que sigue siendo problemático y no parece poder resolverse es el automatismo con el que los Tribunales tratan el dato científico. Considérese el razonamiento de Urgenda en el que se afirma que "existe desde hace tiempo un consenso en la ciencia del clima -la ciencia que estudia el clima y el cambio climático- y en la comunidad internacional de que la temperatura media de la Tierra no puede aumentar más de 2 grados centígrados respecto a la temperatura media de la era preindustrial.

La doctrina ha puesto de relieve cómo esta idea de consenso es forzada y no existe un acuerdo unánime sobre la evaluación de los efectos de la acción humana sobre el clima. Esto no permite que las normas sean adoptadas fácilmente por los tribunales. Aunque el principio de precaución puede sugerir la necesidad de aplicar determinadas medidas, resulta difícil ponerlas en práctica. De hecho, se ha observado que varios factores afectan a su identificación efectiva, entre ellos el progreso científico, la aversión al riesgo y la tasa de crecimiento de la economía mundial (Acemoglu, 2012). Este perfil se refleja en la determinación de la tasa social de descuento (TDS), que se utiliza para asignar un valor actual a los costes y beneficios que se producirán en una fecha posterior y sirve para comprender cuánto debería invertir la sociedad actual en un intento de limitar los impactos del cambio climático en el futuro. La decisión de Urgenda se basa en la elaborada en el Informe Stern sobre la Economía del Cambio Climático (2007), que se analiza más adelante. De hecho, si la tasa de crecimiento de la economía mundial se vuelve negativa,

podría ser preferible aplicar tasas de descuento negativas imponiendo mayores cargas a la generación actual. Si, por el contrario, la tasa de crecimiento de la economía mundial sigue siendo positiva, la elección de la tasa de descuento implica la cuestión ética de cuánto deben pagar las generaciones actuales, que implícitamente serán más pobres que las futuras, por medidas que benefician a las generaciones futuras y que, en cierta medida, podrían ser adoptadas por ellas (Lando, 2022). Se trata, por tanto, de una elección entre tesis no solo científicas, sino también económicas (Nordhaus, 2018) que difieren. Diferencias imperceptibles en la identificación del tipo de descuento dan lugar a diferencias relevantes. Así, una directriz ha señalado que depende del objetivo y, por lo tanto, para evaluar en qué medida una política determinada aumentaría el bienestar social, es apropiado el tipo de descuento equivalente al bienestar social rSW. Para determinar, por otra parte, si la política produciría una mejora potencial de Pareto, es decir, pasaría una prueba de Kaldor-Hicks, debería utilizarse la tasa de descuento equivalente a las finanzas rF (Goulder & William III, 2012). Estas evaluaciones parecen ser difíciles de aplicar por los tribunales. De hecho, la decisión en el asunto Neubauer ha sido ampliamente criticada precisamente por la norma de referencia empleada.

Sin embargo, como se ha señalado con agudeza, incluso si los jueces rara vez concedieran indemnizaciones por daños y perjuicios o dictaran mandamientos judiciales por daños relacionados con el clima, "podrían verse afectados de otras maneras por el mismo proceso de denegación de tales reclamaciones". Como resultado, el sistema de responsabilidad civil podría cambiar para alinearse con un Estado administrativo cada vez más preocupado por retos mayores y más complicados que los planteados en el siglo anterior" (Kysar 2011, p. 71). Se produciría así una prevalencia de la función pública del dañador, que ya no estaría llamado a cumplir primordialmente una función indemnizatoria compensando pérdidas individuales, sino que se produciría una transformación del dañador en un instrumento de política jurídica.

5. Conclusiones

Esta evolución muestra, sin embargo, un segundo elemento complejo de la acción contra el cambio climático que consiste en la inadecuación de la responsabilidad civil para la consecución adecuada

y eficaz de los objetivos políticos. La cuestión puede enmarcarse en el actual debate sobre los límites del constitucionalismo y, especialmente, de la jurisprudencia. Es lo que se conoce como el choque de constitucionalismos: por un lado, el "constitucionalismo total", según el cual prácticamente todas las cuestiones de la sociedad pueden resolverse a través de la Constitución, y por otro, el "constitucionalismo político puro", que considera predominante el papel del poder político. Este enfrentamiento se extiende al papel del juez y a los límites de su actuación (Harding, 2022).

Al abordar esta cuestión, conviene cuestionar la posibilidad real de que la jurisprudencia imponga cambios efectivos a pesar de las aparentes victorias iniciales. La doctrina política que lleva tiempo estudiando el tema arroja resultados ambiguos. De hecho, los tribunales necesitan la cooperación de otros poderes y la aceptación pública para lograr resultados positivos. De hecho, son raros los casos en los que pueden aplicar decisiones por sí solos. Sin embargo, está claro que la intervención judicial suele ser útil porque la política está inactiva, dividida o incluso se opone a los cambios que se quieren introducir. Tampoco puede pasarse por alto su importante efecto educativo y legitimador, que a largo plazo podría propiciar una alineación entre las opciones políticas perseguidas por el Poder Judicial y la opinión pública.

Además, hay que tener en cuenta la dificultad de equilibrar y graduar los intereses en juego. Este perfil asume una relevancia práctica significativa. A pesar de que la jurisprudencia afirma la necesidad de evaluar las consecuencias de las decisiones, hay que señalar que la operación no es automática. Un primer aspecto crítico se encuentra en la necesidad de seleccionarlos: no pueden considerarse todos los efectos posibles, sino sólo los socialmente relevantes que puedan vincularse al impacto de la decisión en la realidad concreta que representa el caso en cuestión. La segunda se refiere a la selección de puntos de vista desde los que evaluar las consecuencias. El sistema debe tener en cuenta la economía, la justicia social y la libertad (Mengoni, 1996, p. 102). Sin embargo, incluso este enfoque metodológico tropieza con al menos dos críticas: la primera se refiere a la dificultad de evaluar las posibles consecuencias de una elección en el proceso. Hay conocimientos científicos, técnicos y económicos que el juez no tiene tiempo ni, a menudo, capacidad de evaluar. Como señaló

el Juez Frankfurter: "¿sabe alguien dónde podemos ir para averiguar cuáles fueron las consecuencias prácticas de esta decisión? No sé hasta qué punto se pueden comprobar estas cosas. Lo que sí sé es que, en la medida en que puedan ser relevantes para la decisión de los casos, no deben dejarse a la ciega conjetura mía y de otros sólo ligeramente menos informados que yo" (Frankfurter, 1954 en Hall, 2013, p. 19).

Además, aunque se hayan identificado claramente las consecuencias, toda decisión puede implicar el sacrificio de valores e intereses igualmente importantes. En cambio, la sentencia es una respuesta clara a problemas complejos. Pensemos, por ejemplo, en la decisión de bloquear la renovación de un permiso para actividades mineras en una zona que tiene en esa actividad la única fuente de ingresos de sus habitantes. Habría que considerar las reubicaciones, el posible apoyo a la población o los planes de desarrollo económico. Otra opción podría ser la restricción gradual de estas actividades, sin interrumpirlas. Estas medidas no pueden adoptarse judicialmente.

Esto incluye también la discrecionalidad del poder político a la hora de elegir cómo perseguir los objetivos de protección medioambiental. Por ejemplo, en el caso Greenpeace, los tribunales noruegos consideraron que aunque el Acuerdo de París establece normas para reducir las emisiones, esto no significa que el Gobierno no pueda iniciar proyectos que, por el contrario, las aumenten. De hecho, podría optar por limitarlas en determinados ámbitos considerados menos estratégicos. Cabe señalar, no obstante, que la jurisprudencia está dividida en este punto. En Gloucester, el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Gales del Sur ha descartado, de hecho, la explotación y combustión de nuevos combustibles fósiles[21]. Sin embargo, la orientación noruega parece preferible, ya que la elección de cómo distribuir los recursos, modulando los distintos intereses, es esencialmente política. Razones económicas o sociales podrían hacer conveniente la expansión de algunas actividades, a pesar de posibles prejuicios climáticos, contrarrestadas por políticas estrictas en otros ámbitos.

Por último, la cuestión de la responsabilidad sigue siendo fun-

21 Gloucester Resources Limited contra el Ministro de Planificación [2019] NSWLEC 7.

damental en una sociedad democrática: ¿quién es responsable de determinadas decisiones? Pero, sobre todo, ¿quién está realmente legitimado para imponer grandes sacrificios? De hecho, no es posible equiparar las ONG o los grupos de protección del clima con la sociedad civil, dada también la naturaleza elusiva de este concepto. Tampoco podemos limitarnos a responder a problemas concretos confiando, como se hace, en el juez como el mejor intérprete del espíritu de los tiempos y el más justo guardián de la sociedad.

La cuestión del medio ambiente es compleja por sus múltiples facetas. Aunque la inacción no parece hoy una respuesta socialmente aceptada y aceptable, hay que evitar los excesos que convierten el ecologismo en una nueva religión. Por tanto, parece más adecuada la solución política, que debería ser capaz de considerar de forma pragmática y coordinada todos los matices del problema. La jurisprudencia, por su parte, probablemente debería limitarse a resolver cuestiones locales, en las que existe un perjuicio real y concreto, sin intentar cambiar el mundo ni improvisarse como responsable política. La historia enseña que las grandes victorias judiciales suelen ser sólo ilusorias, mientras que el verdadero cambio se produce a partir de pequeñas respuestas específicas.

Referencias Bibliograficas

Acemoglu, D., Aghion, P., Bursztyn, L., & Hemous, D. (2012). The environment and directed technical change. American economic review, 102(1), 131-66.

Ghaleigh, N. S. (2010). Six honest serving-men: Climate change litigation as legal mobilization and the utility of typologies. Climate L., 1, 31.

Giabardo, C. V. (2020). Climate Change Litigation and Tort Law: Regulation Through Litigation?. Diritto & Processo (University of Perugia Law School Yearbook), 361-382.

Goulder, L. H., & Williams III, R. C. (2012). The choice of discount rate for climate change policy evaluation. Climate Change Economics, 3(04), 1250024.

Graziadei M (2009) Legal transplants and the frontiers of legal knowledge. Theor Inq Law 10(2):723–743. Kysar, D. A. (2011). What climate change can do about tort law. Envtl. L., 41, 1.

Hall, M. (2013), The Nature of Supreme Court Power, Cambridge University Press.

Harding, M. S. (2022). Judicializing Everything?. In Judicializing Everything?. University of Toronto Press.

Lando, H. (2022). Should courts decide climate policies?-A critical perspective on the Urgenda verdict. A critical perspective on the Urgenda verdict (October 19, 2022). Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper, (22-08).

Macchi, C., & van Zeben, J. (2021). Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell. Review of European, Comparative & International Environmental Law, 30(3), 409-415.

Marjanac, S., & Patton, L. (2018). Extreme weather event attribution science and climate change litigation: an essential step in the causal chain?. Journal of Energy & Natural Resources Law, 36(3), 265-298.

Mayer, B. (2022). The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change. Journal of Environmental Law (forthcoming), The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, (2022-44).

Mengoni, L. (1996), Ermeneutica e dogmatica giuridica, Giuffrè.

Nordhaus, W. (2018). Projections and uncertainties about climate change in an era of minimal climate policies. American economic journal: economic policy, 10(3), 333-60.

Peel, J., Osofsky, H., & Foerster, A. (2017). Shaping the 'next Generation' of Climate Change Litigation in Australia. Melbourne University Law Review, 41(2), 793-844.

Peel, J., & Osofsky, H. M. (2020). Climate change litigation. Annual Review of Law and Social Science, 16(1), 21-38.

Pozzo, B. (2021). Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective. In Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects (pp. 593-619). Springer, Cham.

Roy, S. (2022). The Domestic Life of Climate Law: Friends of the Irish Environment v Ireland. Irish Supreme Court Review, 3.

Sax, J. L. (1970). The public trust doctrine in natural resource

law: effective judicial intervention. Michigan Law Review, 68(3), 471-566.

Schneider, M. (2017). Where Juliana Went Wrong: Applying the Public Trust Doctrine to Climate Change Adaptation at the State Level. Environs: Envtl. L. & Pol'y J., 41, 47.

Scruton, R. (2016) Essere Conservatore, D'Ettoris.

Setzer, J., & Benjamin, L. (2020). Climate change litigation in the Global South: filling in Gaps. American Journal of International Law, 114, 56-60.

Setzer, J., & Benjamin, L. (2020 (a)). Climate litigation in the Global South: constraints and innovations. Transnational Environmental Law, 9(1), 77-101.

Shepherd, T. G., Boyd, E., Calel, R. A., Chapman, S. C., Dessai, S., Dima-West, I. M., ... & Zenghelis, D. A. (2018). Storylines: an alternative approach to representing uncertainty in physical aspects of climate change. Climatic change, 151(3), 555-571.

Wewerinke-Singh, M., & Salili, D. H. (2020). Between negotiations and litigation: Vanuatu's perspective on loss and damage from climate change. Climate Policy, 20(6), 681-692.