

PENSAMIENTO JURÍDICO CENTRAL. Volumen 4

Lucía Rizik Mulet
Fernanda Tapia Trujillo
Coordinadoras



Universidad
Central

Facultad de Derecho
y Humanidades

Índice

Prólogo	13
<i>Emilio Oñate Vera</i>	

DERECHO INTERNACIONAL

La interpretación compatible de los tratados internacionales en el ámbito interno. Una propuesta de solución de conflictos normativos	17
<i>María Angélica Benavides Casals</i>	

Derecho de los cursos de aguas internacionales. Usos prioritarios y el derecho humano de acceso al agua.....	29
<i>Ximena Castillo Parada</i>	

Una nueva mirada al conflicto marítimo entre Chile y Bolivia.....	55
<i>Nicole Selamé</i>	
<i>Dominique Claro</i>	
<i>Diego Carmona</i>	

ÉTICA, TEORÍA DE LA JUSTICIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Proportionality and its Promises	83
<i>Federico Szczaranski Vargas</i>	

Hemotransfusiones de los Testigos de Jehová y su libertad religiosa: revisión teológica-jurisprudencial.....	111
<i>Betzabé Araya Peschke</i>	

El desafío del Derecho animal y su enseñanza	131
<i>Israel González Marino</i>	
<i>Taeli Gómez Francisco</i>	

DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

El consumidor y la ineficacia de algunos controles estatales frente a las compañías de seguro en Chile.....	155
<i>Santiago Zárate González</i>	

El origen histórico del artículo 1558 del Código Civil y su relación con los artículos 1934 y 1925	171
<i>Pablo Ulloa Valenzuela</i>	
Protección de los conocimientos tradicionales: ¿solo un camino para llegar a Roma?	187
<i>Leonardo Javier Castillo-Cárdenas</i>	
<i>Carlos Andrés Domínguez-Scheid</i>	
La reforma del artículo 1833 del Código civil francés o la extensión de la noción de interés social.....	209
<i>Sara Moreno Fernández</i>	
Efecto expansivo o absoluto de los contratos: una lectura desde la teoría de los deberes de protección	229
<i>Gonzalo Álvarez Seura</i>	
Propuestas para la sistematización del control de las cláusulas abusivas en materia del consumo	247
<i>César Eugenio Vargas Rojas</i>	

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Jueces, estallido social y justicia de clases	267
<i>Silvio Cuneo Nash</i>	
<i>María Fernanda Ovalle Donoso</i>	
Condiciones laborales y problemas de salud en funcionarios del nivel operativo local que trabajan con población penal en Chile.....	297
<i>Ximena Verbal Ríos</i>	
<i>Tania González Villarroel</i>	
<i>Talya Irrarrázabal De Gregorio</i>	
<i>Mario Ramírez Pérez</i>	

ACCESO A LA JUSTICIA, GESTIÓN COLABORATIVA Y DERECHO PROCESAL

Unidades de justicia vecinal: estado actual de su implementación en región del libertador Bernardo O'Higgins	321
<i>Claudia Castillo Chavarria</i>	

PROBLEMAS SOCIALES EMERGENTES

Violencia de pareja en estudiantes universitarios. Estudio exploratorio en la Universidad Central de Chile	345
<i>Ana María Galdames Paredes</i>	
<i>Angela Venegas Meza</i>	

REGULACIÓN ECONÓMICA, SOCIAL Y DE LA EMPRESA

Actualidad de la litigación climática contra el estado en Derecho comparado, con especial relevancia para Chile	369
<i>Benoît Delooz Brochet</i>	
Transparencia de la función pública y derecho de acceso a la información después de diez años de vigencia de la ley	395
<i>Lorayne Finol Romero</i>	
El impacto de la economía digital en el tradicional concepto de establecimiento permanente	421
<i>Luis María Romero Flor</i>	
Habeas data: ¿una efectiva protección a los datos personales?	443
<i>Nicole Francesca Urzúa Morales</i>	
La Constitución: “la eterna causa de las revoluciones”	457
<i>Denisse Hernández Jiménez</i>	
<i>J. Ignacio Núñez Leiva</i>	

Versión prepublicación

Referencia bibliográfica:

Delooz, Benoît (2022), “Actualidad de la litigación climática contra el estado en derecho comparado, con especial relevancia para Chile”, in Rizik Mulet, Lucía et al. (eds) *Pensamiento jurídico central vol. 4*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

ACTUALIDAD DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA CONTRA EL ESTADO EN DERECHO COMPARADO, CON ESPECIAL RELEVANCIA PARA CHILE

CURRENT CLIMATE LITIGATION AGAINST THE STATE IN COMPARATIVE LAW, WITH PARTICULAR RELEVANCE TO CHILE

Benoît Delooz Brochet¹

Introducción

La necesidad de reflexionar sobre la noción de litigio climático es relevante a la luz del aumento de conflictos jurídicos asociados a la lucha contra el cambio climático (en adelante CC), y varios Estados (Países Bajos, Pakistán, EE.UU, Irlanda, Colombia, etc.) ya han sido condenados por jueces nacionales o federales en razón de la insuficiencia de sus acciones para reducir las emisiones/expulsiones de gas con efecto invernadero (en adelante GEI), de su inercia para enfrentar los CC o, aun, por la inconstitucionalidad de sus leyes y/o ilegalidad de su actividad administrativa. Desde mediados de los años 2000, la figura del litigio climático se ha expandido considerablemente, al tiempo que se diversifica, primero en los Estados Unidos, ahora también en Europa y en el resto del mundo.

El artículo realiza un análisis teórico y práctico de los juicios o litigios climáticos en curso en derecho comparado. Ello es particularmente relevante para Chile, en la medida que no quedará mucho tiempo aislado de esa revolución judicial mundial², y ya se pueden identificar algunos índices de su penetración en la esfera judicial. Para eso, resulta necesario, primero, aproximarse a la noción de litigio climático (I), antes de dar a conocer un panorama de los juicios climáticos en el pasado o en curso y, particularmente, de los que están dirigidos en contra del Estado (II), para poder extraer luego algunas enseñanzas para Chile (III). Últimamente, algunas decisiones emblemáticas han mostrado los alcances posibles de un acceso efectivo a la justicia climática.

I. Aproximación al litigio climático

La emergencia, la consolidación y las principales características de los juicios climáticos en derecho comparado, muestran las formas en que la judicatura -especialmente a

¹ Docteur en Sciences Juridiques de l'Université de Toulouse 1 Capitole (France). Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho público. Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Central de Chile, Lord Cochrane 417, Santiago de Chile. benoit.delooz@ucentral.cl

² HUGLO (2018).

través de las demandas actuales y potenciales- puede dar forma o contribuir a la respuesta político-institucional al CC. Al respecto, los litigios climáticos buscan hacer efectivo el régimen jurídico relativo al CC, lo que llamamos aquí derecho climático.

A. El derecho climático o regimen juridico del cambio climático

Este, como parte del derecho ambiental³, se inscribe dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁴, particularmente el N° 13, pero en realidad constituye un elemento transversal vital para muchos de los otros ODS.

Nació oficialmente en la Cumbre de la Tierra de 1992, de la cual resultó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y está compuesto principalmente por otros tres tratados: el Protocolo de Kyoto de la Convención adoptado en la COP-3 en Japón, Kioto, 1997; la Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto, adoptada en Catar en 2012 y, por último, el Acuerdo de París (AP, en adelante), adoptado en la COP-21 en 2015⁵. Como lo señala Nava Escudero, “el derecho del cambio climático o régimen climático está conformado por una serie de conferencias, reuniones, normas e instrumentos jurídicos (vinculantes y no vinculantes) en torno al fenómeno del cambio climático inducido”⁶. Así, nos advierte que la Convención de 1992 “es un tratado de derecho duro (*hard law*) con alto contenido de normatividad suave (*soft law*)”⁷; que el Protocolo de Kyoto “es un tratado que contiene una mayor normatividad vinculante, si bien parte de su texto no lo es”⁸ y, en fin, que el AP es un “instrumento [que] contiene mucha normatividad no vinculante”⁹.

La parte suave, o blanda, del régimen climático hace del derecho climático un conjunto ambiguo y diverso¹⁰, pues no obliga a sus destinatarios *a priori*, pero, sin embargo, es cada día más utilizado en todas las ramas del derecho. Lo que es reforzado por su vinculación con el desarrollo sostenible que, como “principio *normativo sin norma*”¹¹, puede ser considerado como un principio de derecho blando que participa en la construcción de un derecho climático duro (*hard law*). Sus exigencias y modalidades son una referencia recurrente, un argumento movilizado casi sistemáticamente con respecto al CC.

Según el Glosario del IPCC, la mitigación y la adaptación, que constituyen las dos estrategias principales para afrontar al CC, corresponden respectivamente, a la “intervención humana encaminada a reducir las fuentes o potenciar los sumideros de GEI”, en tanto que la adaptación consiste en un “proceso de ajuste al clima real o proyectado y sus efectos”¹². Anteriormente el acento parecía puesto sobre la mitigación. Hoy, en el AP, la adaptación es no solo tan importante como la mitigación, sino más¹³. Está claro que la mitigación no es suficiente para enfrentar el fenómeno y que mayores costos de adaptación pueden ser

³ Siguiendo a Nava, el derecho del cambio climático o régimen climático se define “como una rama del derecho internacional ambiental cuyo objeto de estudio y regulación es el cambio climático inducido por los seres humanos”. NAVA (2018), p. 733; MORAND-DEVILLER, J. et. BENICHOT, J.-C (2010).

⁴ Ver el sitio de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>; DÍAZ (2011).

⁵ NAVA (2018) p. 734-736.

⁶ NAVA (2018) p. 734.

⁷ NAVA (2018) p. 734.

⁸ NAVA (2018) p.735.

⁹ NAVA (2018) p. 735. Ver también: NAVA (2016).

¹⁰ TAMMES (1983) p. 187; CINI, M. (2000); *Administrative Review Council* (2008) p. 5; *Conseil d'État* (2013).

¹¹ THEYS (2000) p. 242.

¹² IPCC, *Intergovernmental Panel on Climate Change* (2013).

¹³ LUCAS (2016).

necesarios si no hay mitigación (ver Art. 7 punto 4). En ese contexto, el régimen jurídico del derecho climático -del punto de vista del Estado- puede ser definido en torno a dos obligaciones fundamentales: el Estado en su lucha contra el CC debe intervenir en dos niveles: la mitigación y la adaptación. A ese díptico, parece también necesario agregar las medidas de reparación. Las tres suponen un régimen de la responsabilidad climática estatal, tanto desde el punto de vista político, como administrativo, penal y civil. Ahora bien, la referencia a las medidas de adaptaciones, le confiere un carácter aún blando¹⁴, pero no cabe duda de que adquirirá los caracteres de un derecho duro en los próximos años¹⁵.

Por otro lado, cabe destacar que el párrafo 11 del Prámbulo del AP vincula expresamente el CC a los derechos humanos, pues las Partes reconocen “que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, (...) deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”. En definitiva, las obligaciones relacionadas con el CC tienen que ver, nada menos, con el derecho a la vida.

B. Nacimiento y auge de los litigios climáticos

El derecho internacional del clima desde la década del 2000 ha llevado a los Estados de todo el mundo a adoptar leyes sobre mitigación y adaptación al CC¹⁶. Como resultado de la internalización del derecho climático internacional, algunos derechos y obligaciones se han afirmado progresivamente a nivel nacional y han sido invocados por actores muy diferentes en los tribunales nacionales: ya sea para cuestionar su contenido (demasiado o insuficientemente exigentes), o para instar al Estado o a sus autoridades a ir más o menos lejos (según los solicitantes), ser más ambiciosos en la planificación de los objetivos climáticos, o para responsabilizar a las empresas contaminantes.

Según M. Torre-Schaub, la judicialización de la cuestión climática es un fenómeno que tiene sus raíces en un triple movimiento al que ella designa las dinámicas del litigio o contencioso climático¹⁷: la primera -que será privilegiada aquí- corresponde a la aparición de un movimiento de protesta contenciosa desde principios de la década de 2000. De manera concomitante, una segunda dinámica está vinculada a la falta de ambición de la comunidad internacional en materia de lucha contra el CC, lo que da lugar a nuevos modos de acción por parte de ONGs y otros actores de la esfera civil. Por último, un movimiento aún más amplio, vinculado a diversos movimientos sociales, éticos y políticos, a partir de los años 90, que apunta a la justicia climática exigiendo más igualdad y equidad en el reparto de las responsabilidades climáticas en el mundo¹⁸.

En lo que concierne a la primera dinámica -la de los litigios climáticos- se puede distinguir tres fases u olas. La primera se situaría entre los años 2000 y 2015,

¹⁴ CAMPINS (1999) p. 112-113; NAVA (2016).

¹⁵ SADELEER (2008).

¹⁶ Sin embargo, la primera ley con un objetivo de CC legalmente vinculante en el mundo es la ley de CC del Reino Unido (*Climate Change Act*) que fue aprobada en forma unánime por el parlamento en el año 2008.

¹⁷ TORRE-SCHAUB (2020).

¹⁸ Sobre ese punto, cabe señalar que, por primera vez, el párrafo 13 del AP menciona la expresión de justicia climática, pero la restringe a las percepciones de ciertas comunidades y no la reconoce como un concepto universal.

aproximadamente. La decisión de la administración de G.W. Bush de retirarse del Protocolo de Kyoto dió lugar a una primera ola de litigios por parte de estados federados y municipios de EE.UU. contra el gobierno federal y sus agencias¹⁹. Es durante la década de 2000 que la justicia estadounidense allanará el camino para el litigio nacional sobre el clima en el caso *Massachusetts v. EPA* (05-1120) juzgado en abril de 2007. En este, la jurisdicción más alta de los Estados Unidos ordenó a la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA por su sigla en inglés) a regular los GEI fundándose sobre el *Clean Air Act*²⁰, o Ley de Aire Limpio.

Otra serie de litigios climáticos comenzó alrededor de 2015 con dos casos emblemáticos: *Asghar Leghari contra la Federación del Pakistán*, finalizado en 2015²¹ y *Urgenda* en los Países Bajos, iniciado en 2015 y finalizado el 20 de diciembre de 2019²². Estos dos casos, basados en argumentos jurídicos diferentes, pero en última instancia convergentes en cuanto a sus objetivos, han tenido un fuerte impacto al provocar la presentación de varias acciones climáticas utilizando argumentaciones similares o cercanas, adelantando que buscan establecer obligaciones de actuación a cargo de los Estados a la par que subrayan las carencias de sus políticas de adaptación y/o mitigación al CC.

Por último, siguiendo a M. Torre-Schaub, desde 2018 estaríamos en una tercera fase, caracterizada por el desarrollo de los litigios contra las empresas, por el empleo sistemático, caso por caso, de la ciencia del clima y de la pericia científica ante el juez, especialmente desde la publicación del Informe Especial del IPCC El mundo a +1,5°C publicado el 8 de octubre de 2018, entre otros. Sin embargo, creemos que es necesario insistir, como veremos más adelante, en una serie de acciones o recursos que surgieron antes de 2018 y que se refieren a la incorporación de las consideraciones climáticas en las evaluaciones del impacto ambiental.

C. ¿Cuál noción de litigio climático?

De la misma manera que el derecho climático es un derecho en construcción e inabarcable por un solo derecho²³, no existe una definición unívoca del litigio climático, pero sí algunas convergencias en las diversas formulaciones. Así, D. Markell y J.B. Ruhl se refieren a “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, sus causas e impactos”²⁴. Se ha dicho, también, de manera un poco más restringida, que “un litigio será considerado como climático a condición esencial y única que la cuestión del clima juegue un papel fundamental en el razonamiento de un tribunal”²⁵, o, aún, que se tratará de “un litigio en el cual el cambio climático es el objeto del recurso de manera directa o que es utilizado como el argumento central de las querellas o del razonamiento del juez”²⁶.

¹⁹ El fenómeno se repitió en Australia que no firmó el Protocolo, o cuando Canadá lo abandonó en 2011.

²⁰ Para una reseña de los primeros juicios de Estados Unidos: BORRAS (2013) pp. 25-42.

²¹ Corte Suprema de Lahore. 4 de Septiembre 2015. *Ashgar Leghari/Federación de Pakistán*. W. P. No. 25501/2015.

²² Corte Suprema de Países Bajos. 20 de diciembre 2019. *Klimaatzaak Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007.

²³ VVAA (2018) *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?* Paris.

²⁴ MARKELL Y RUHL (2012) p. 27.

²⁵ HUGLO (2018) p. 55.

²⁶ TORRE-SCHAUB (2018).

En esas condiciones se entiende que los litigios climáticos constituyen un conjunto muy heterogéneo. Efectivamente, puede tratarse de recursos administrativos ante organismos internacionales, regionales –y ahora cada vez más ante jurisdicciones nacionales- que implican la responsabilidad de un organismo regional o de un gran grupo de empresas multinacionales, y de modo cada vez más frecuente a los Estados. Buscan una indemnización para una sola víctima o para toda una comunidad, e invocan los impactos climáticos del pasado o la violación de los derechos de las generaciones futuras. En segundo lugar, sus temáticas son amplísimas, puesto que abarcan tanto la regulación del derecho climático (medidas para reducir los GEI o medidas de adaptación) como el derecho del Estado y la responsabilidad de las empresas, ya sea a través del derecho civil, el derecho penal o el derecho administrativo. En fin, las nociones jurídicas involucradas pertenecen a tradiciones jurídicas y ramas del derecho diferentes, y los argumentos de los solicitantes movilizan conceptos de *common law* (*Law of torts*, *Public Trust*), derechos fundamentales, derechos constitucionales, derecho ambiental, pero, también, derecho de las inversiones, derecho de los negocios, en todos los niveles internacionales, regionales, nacionales o locales²⁷.

El calentamiento global solo puede detenerse si los Estados aplican medidas con este fin. Dos actores tienen un papel que desempeñar para lograr tal objetivo: el juez y la sociedad civil²⁸. Ambos entablan una relación cuando la segunda presenta una reclamación contra el Estado ante el primero.

D. El oficio del juez

Debido a las dificultades para demandar por la inacción en materia de CC a nivel internacional –ni la CCNUCC ni el AP establecen un mecanismo vinculante de solución de controversias- los actores han recurrido a la litigación climática en los diferentes ordenamientos jurídicos internos, lo que ha apaciguado los conflictos entre los Estados, a la vez que han facilitado el acceso a la justicia. En este contexto, parece que las condiciones de efectividad del derecho climático se encuentran en las manos de los jueces quienes, a través del control jurisdiccional del derecho climático, facilitan su endurecimiento²⁹.

Ahora bien, el oficio del juez se encuentra dificultado por varias razones. Sin pretensión de exhaustividad, podemos mencionar los principales obstáculos que se presentan. Tienen que ver con todos los elementos que condicionan el acceso al juez, tal como la competencia jurisdiccional, la separación de los poderes, la legitimidad activa, la carga y la administración de la prueba, la relación de causalidad, pero tiene también que ver con la efectividad de la decisión del juez considerando sus poderes y las dificultades de ejecución de sus decisiones.

Por las razones expuestas, es fundamental la importancia que ha tomado el diálogo de los jueces, sea dentro de una misma cultura jurídica (por ejemplo, conocido es que el precedente de un juez de *common law* de un país dado, puede ser recogido por un juez de otro país de *common law*) o entre tradiciones distintas (los préstamos que hace la Corte Suprema chilena a tradiciones tan diferentes como la de *common law* o de derecho continental es un ejemplo, así como las influencias recíprocas entre la Corte Suprema de EE.UU y los tribunales europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)), o entre Cortes Regionales (TJUE /

²⁷ MORAGA Y MECKIEVI (2016) y la bibliografía citada en.

²⁸ SCHLOSBERG Y COLLINS B (2014); TISNÉ (2016).

²⁹ HOCHMANN, JOUVE Y PAILLER (2017).

TEDH -Corte Interamericana de Derechos Humanos -CorteIDH)³⁰. En ese sentido, las últimas decisiones fundamentales que se presentan más adelante podrían tener repercusiones sobre los múltiples litigios climáticos en curso, como futuros.

II. Los litigios climáticos en derecho comparado

Frente a la multiplicidad de acciones contenciosas, que a su vez se basan en no menos argumentos jurídicos de forma y fondo, y con ello en múltiples cuestionamientos jurídicos, es difícil realizar un trabajo de sistematización o síntesis. No obstante, se proponen algunas clasificaciones, características o elementos sobresalientes. Se presentarán (A) antes de optar por un enfoque que aisle lo que puede llamarse litigio administrativo relacionado con el clima, o contencioso administrativo climático (B).

A. Panorama general

Según el informe *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*³¹, publicado el 03 de julio de 2020 por *The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, 1.587 casos de litigios sobre el clima se han iniciado entre 1986 y finales de mayo de 2020: 1.213 casos en los Estados Unidos y 374 casos en otros 36 países y ocho jurisdicciones regionales o internacionales. Más del 80% de los casos fueron presentados contra gobiernos, mientras que las demandas contra las principales empresas emisoras -conocidas como las *Carbon Majors* (o Grandes Emisoras de Carbono) - que van desde demandas por molestias y “lavado verde” engañoso, hasta demandas por fraude y divulgación, superan 40 casos climáticos en curso en todo el mundo, 33 de los cuales son en contra de los Estados Unidos. Existen también algunos recursos ante órganos internacionales o la UE³². Fuera de los Estados Unidos, la mayoría de los casos se han presentado en Australia (98 casos), el Reino Unido (62) y ante los órganos y tribunales de la Unión Europea (57). En lo que nos concierne, se han registrado 14 casos para América Latina y 2 para Chile.

En lo que respecta a los demandantes, la mayoría son ONG, particulares, pero también ciudades, fundaciones, autoridades locales, grupos étnicos y/o minoritarios. En relación con el o los objetos de las acciones y recursos contenciosos, corresponde a las demandas basadas tanto en el derecho público “clásico”, como en los derechos humanos y el derecho privado, con una fuerte tendencia a privilegiar los segundos. Por último, desde un punto de vista temporal y generacional, encontramos recursos que se centran en la cuestión de la justicia intrageneracional, mientras que otros en la de la equidad intergeneracional.

B. Actualidad de los litigios climáticos contra el Estado en derecho comparado

A nivel internacional, la responsabilidad de los Estados en materia climática parece lejana, si no ilusoria. En última instancia, la responsabilidad recae sobre el Estado³³, puesto que a nivel interno está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con el pleno respeto a los derechos y garantías que la constitución establece.

³⁰ Por todos: GROPPY Y PONTTHOREAU (2013); FERRER Y HERRERA (2013); MARKESINIS Y FEDTKE (2006); SLAUGHTER (1994).

³¹ SETZER Y BYRNES (2020).

³² Se debe considerar también la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH de 2017.

³³ JARIA (2011).

Por esa razón, la concreción de los litigios climáticos solo se realizará a partir del marco nacional y, particularmente, por la exigencia de enfocarse en la responsabilidad de los órganos del Estado.

1. El contencioso constitucional climático

A nivel legislativo, se plantean, primero, la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes por violación de la “Constitución ambiental”³⁴ y la problemática que presenta, en virtud del principio de separación de los poderes, su control por parte de las jurisdicciones constitucionales. En Chile, sobre ese punto, cabe preguntarse si el TC puede participar directamente al despertar de la “cláusula dormida”³⁵ del artículo 19 n° 8, que asegura a todas las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

El caso -exitoso- ya se ha presentado y el ejemplo más famoso es la sentencia de 8 de febrero 2016 de la Corte constitucional de Colombia, que anuló disposiciones legales que protegen las actividades agrícolas, mineras y de explotación de petróleo y gas en ecosistemas sensibles de gran altitud. Estaban en juego algunas disposiciones que amenazaban los ecosistemas de altura, llamados páramos. El recurso, basado en el párrafo 4 del artículo 241 de la Constitución, fue presentado por un grupo de ciudadanos que alegaban la violación del derecho a un medio ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la Constitución, y del derecho al agua reconocido de manera pretoriana por la Corte. La Corte, apoyándose en la literatura científica sobre los páramos, señaló varias de sus características destacando su fragilidad, su falta de protección normativa, su papel en el suministro de hasta el 70 por ciento del agua potable a Colombia y la capacidad de sus suelos y vegetación para capturar el dióxido de carbono de la atmósfera. El tribunal destacó esta última característica en particular, denominando a los páramos un “sistema de captura de carbono” y explicando que la capacidad de captura de carbono de un páramo excede la de un bosque tropical húmedo de tamaño comparable.

En este caso, la política climática en sí no estaba directamente involucrada, pero la dimensión climática no es secundaria. La Corte encontró una violación tanto del derecho al agua como del derecho al medio ambiente. Esta interpretación se apoya, de ser necesario, en referencias al derecho internacional, como, en este caso, al Convenio sobre la Diversidad Biológica o al principio de responsabilidad intergeneracional consagrado en la Declaración de Río. Esta decisión muestra que, ante la ausencia misma de disposiciones sobre el clima en la Constitución, la Corte Constitucional colombiana ha propuesto una interpretación claramente proactiva y novedosa de las disposiciones sobre el medio ambiente que la ha llevado a ejercer un control real sobre las leyes que afectan a la política climática del país.

2. La responsabilidad climática del Estado por las carencias de sus políticas de mitigación y/o adaptación al cambio climático

Con ese tipo de litigio, nos enfrentamos a los casos más simbólicos. En todos los casos se trata de poner en tela de juicio la insuficiencia de la política climática y de obtener un mandato u orden, incluso no vinculante, para reforzarla. Se han iniciado litigios sobre el clima para impugnar la actuación del Estado, en los dos pilares principales de la acción climática, a saber, las medidas de mitigación y adaptación, a fin de que se consagren las

³⁴ BERMÚDEZ (2014) pp. 113-114.

³⁵ GARGARELLA Y COURTIS (2009).

obligaciones relativas a la acción climática. De manera esquemática, los demandantes han invocado a partir de 2015, con más o menos éxito, nuevos deberes de cuidado (*duty of care*) y obligaciones de confianza pública basada sobre algunas obligaciones fiduciarias (*Public Trust*) por parte del Estado. Evocaremos de manera crónológica aquí tres casos emblemáticos, por su impacto a nivel internacional y por sus propios aportes. Esos casos muestran además una cierta progresión en el control judicial de la aplicación o de la elaboración de instrumentos de planificación climática diseñados por distintos gobiernos.

En primer lugar, cabe mencionar la decisión *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* de 04 de abril de 2015³⁶. En 2014, el peticionario, un agricultor y ciudadano pakistaní, presentó un recurso en el que cuestionaba la inacción y la tardanza del gobierno federal y regional (*Punjab*) para hacer frente a las vulnerabilidades climáticas, por no haber llevado a cabo la Política Nacional sobre el CCC de 2012 y el Marco de Aplicación de la Política sobre el CC (2014-2030). Invocó no solo los derechos constitucionales, sino también la doctrina del *Public Trust*³⁷ en materia ambiental, que implica que el gobierno es el garante de los recursos naturales que constituyen el bien común de todos los ciudadanos. El caso *Leghari* en Pakistán hizo historia al aceptar los argumentos de que el fracaso del gobierno para abordar el CC violaba los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, fue quizás la primera vez que un tribunal ordenará a las autoridades públicas a adoptar ciertas medidas, como nombrar “un coordinador de cambio climático” para ayudar a garantizar la aplicación del Marco, presentar una lista de puntos de acción antes del 31 de diciembre de 2015; creó una Comisión de Cambio Climático compuesta por representantes de los principales ministerios, una ONG y nombró expertos técnicos para supervisar los progresos del gobierno³⁸.

El caso *Urgenda* es seguramente el más famoso, el que más literatura ha generado desde la primera sentencia³⁹. El 20 de diciembre 2019, mediante la decisión *Fundación Urgenda v. Reino de los Países Bajos*⁴⁰ la Corte Suprema de Países Bajos dió por finalizado un proceso judicial iniciado en 2013 y condenó al Gobierno de este país a reducir las emisiones de GEI –de manera urgente y significativa– de acuerdo con sus obligaciones de derechos humanos. Calificada por David R. Boyd, relator especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, como “la decisión judicial en materia climática más importante de la historia”, el asunto hizo ruido desde el primer fallo de junio de 2015 e inspiró múltiples recursos alrededor del mundo. Entre sus secuelas más conocidas, figuran el caso de *Les Aînées suisses*⁴¹ que no tuvo éxito, el *Klimaatzaak*, *ASBL L'affaire Climat*, iniciado el

³⁶ Corte Suprema de Lahore. 4 de Septiembre 2015. *Ashgar Leghari/Federación de Pakistán*. W. P. No. 25501/2015.

³⁷ Otros casos, cerrados o en curso, han invocado la doctrina del *Public Trust* con resultados diversos: *Kelsey Cascadia Rose Juliana v. the United States of America*. En ese caso, la Corte federal del noveno circuito estimó el 17 de enero 2020 que no era de competencia del poder judicial obligar al gobierno federal a actuar contra el CC; *Rabab Ali v. Pakistan* (2016); *Ridhima Pandey c/ Union of India* (2017).

³⁸ La Comisión de CC informó al tribunal, en 2018, que, desde el fallo de 2015, se habían aplicado el 66% de las medidas prioritarias del Marco de Aplicación de la Política sobre el CC.

³⁹ Entre muchos, ver en castellano: PAREJO (2016).

⁴⁰ Corte Suprema de Países Bajos. 20 de diciembre 2019. *Klimaatzaak Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007.

⁴¹ En ese caso, un grupo de mujeres suizas de edad avanzada presentó, en 2016, una demanda contra el Gobierno suizo, alegando que no había cumplido sus obligaciones de reducción de GEI en virtud de la Constitución suiza y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Pidió que se ordenará al poder legislativo y a diversos organismos federales que elaboraran una reglamentación para varios sectores que permitiera lograr para 2020 una reducción de las emisiones de GEI de, al menos, el 25% con respecto a los niveles de 1990 y de, al menos,

27 de abril de 2015 y cuya decisión final se espera en otoño de 2020⁴², o aún la sentencia de 05 de abril de 2018 de la Corte Suprema de Colombia, *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente*⁴³, que sí tuvo éxito además de ser la primera acción climática presentada en América del Sur sobre el modelo de *Urgenda*.

El 9 de octubre de 2018, el Tribunal de Apelación de La Haya había confirmado el fallo del Tribunal de Distrito, concluyendo que al no reducir las emisiones de GEI al menos en un 25% para finales de 2020, el gobierno holandés estaba actuando ilegalmente en contravención de su deber de diligencia en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH que, respectivamente, protegen el derecho a la vida, y el derecho a la vida privada, la vida familiar, el hogar y la correspondencia. El Tribunal rechazó el argumento del gobierno de que la decisión del tribunal inferior constituye "una orden para legislar" o una violación de la separación de los poderes y/o el papel de los tribunales en virtud de la Constitución neerlandesa. En respuesta a estas alegaciones, el tribunal afirmó su obligación de aplicar las disposiciones con efecto directo de los tratados en los que los Países Bajos son parte, incluidos los artículos 2 y 8 del CEDH. El 20 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de los Países Bajos confirmó las primeras decisiones y determinó que el gobierno holandés tiene la obligación de proteger los derechos previstos en los artículos 2 y 8 del CEDH de la amenaza real del CC.

Un análisis pormenorizado del caso *Urgenda* no es factible aquí por el propósito especial del artículo y su extensión, y por la variedad de normas (internacionales, europeas, constitucionales, legales), principios (de derecho internacional clásico, de derecho internacional ambiental, etc.) y doctrinas (*duty of care*, *public trust*) que entraron en el debate. En cambio, se puede destacar que la Corte Suprema hizo una interpretación amplia del "deber

el 50% con respecto a los niveles de 1990 para 2050. El 20 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo rechazó la apelación y concluyó que los derechos de los demandantes no se habían visto afectados con suficiente intensidad, y que el remedio que buscan debe lograrse por medios políticos más que jurídicos.

⁴² Similar al caso *Urgenda* en los Países Bajos, el *Klimaatzaak* (caso climático) fue presentado por una organización de ciudadanos que argumentan que la ley belga requiere que el enfoque del gobierno belga para reducir las emisiones de GEI sea más agresivo. La acción de los demandantes es una acción de responsabilidad civil por negligencia. En particular, se pide al juez que declare la obligación del Estado de proteger la vida de los ciudadanos y la obligación de informarles de las situaciones peligrosas, que ordene a los poderes públicos que adopten medidas para reducir las emisiones de GEI a fin de cumplir los compromisos internacionales, y que declare que la negligencia en esta reducción es una acción ilícita. Los derechos constitucionales invocados por los demandantes en relación con el CEDH son: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, incluido el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las generaciones futuras; el derecho a la protección de la salud y el derecho a la protección de un medio ambiente sano. Los principios de prevención y precaución también se invocan como normas para afirmar las obligaciones de los Estados en relación con el CC. Hasta la fecha, el tribunal ha emitido un fallo sobre cuestiones de procedimiento planteadas por la región flamenca, que el gobierno regional ha apelado. En abril de 2018, esa apelación fue rechazada. A partir de la primavera de 2019, el caso estaba procediendo en cuanto al fondo.

⁴³ SCSJ de Colombia 4360-2018 de 05 de abril de 2018: 25 niños y jóvenes demandantes con edades comprendidas entre los 7 y 26 años han demandado a varios organismos del gobierno colombiano, a municipios colombianos y a varias empresas para hacer valer sus derechos a un medio ambiente sano, a la vida, a la salud, a la alimentación y al agua que, según ellos, están amenazados por el CC y la deforestación. Los demandantes alegaban que el CC, junto con el cumplimiento por parte del gobierno de la meta de deforestación neta cero en la Amazonia colombiana para el año 2020, amenaza los derechos fundamentales de los demandantes. El 5 de abril de 2018, la Corte Suprema revocó la decisión del tribunal inferior, reconociendo que "los derechos fundamentales a la vida, la salud, la subsistencia mínima, la libertad y la dignidad humana están sustancialmente vinculados y determinados por el medio ambiente y el ecosistema". La Corte ordenó al gobierno que formulara y aplicara planes de acción para hacer frente a la deforestación de la Amazonia.

de cuidado” (*duty of care*) del Estado hacia sus ciudadanos. Este principio existe en la Constitución holandesa, pero también en formas similares en otras tradiciones jurídicas, así como en países de derecho anglosajón (*public trust doctrine*). Por consiguiente, la interpretación innovadora del juez neerlandés constituye un precedente para casos similares en otras jurisdicciones. Este argumento de una circulación transnacional del derecho fue desarrollado y planteado explícitamente como un elemento importante por el abogado que defendió el caso *Urgenda*. En fin, la decisión de *Urgenda* muestra que es posible una condena del Estado en forma de un mandamiento judicial para reducir sus emisiones de GEIs debido a la obligación de vigilancia climática que pesa sobre él. El juez holandés se niega a ver la naturaleza global del CC como una fuente de irresponsabilidad estatal.

En fin, el 31 de julio de 2020, la Corte Suprema de Irlanda, siguiendo en eso a *Urgenda*, anuló en el *Climate Case Ireland*⁴⁴ el plan nacional de mitigación del CC y dictaminó que el gobierno lo reajuste, alegando que la hoja de ruta establecida para 2050 carecía de precisión y, por lo tanto, no cumplía la Ley de Acción Climática y de Desarrollo Bajo en Carbono del 2015. Por lo tanto, el gobierno irlandés tendrá que revisar su copia: el país había prometido reducir sus emisiones de CO₂ en un 80% para el 2050, en comparación con su nivel de 1990. Según la Corte Suprema, el público tiene derecho a saber cómo el ejecutivo se propone alcanzar estos objetivos, lo que no se detalla en la hoja de ruta. El gobierno trató de argumentar que no correspondía a los tribunales disponer sobre las decisiones políticas, pero este argumento también fue rechazado por los jueces: desde que se aprobó la ley de 2015 “existe una clara obligación por parte del gobierno de dar al menos algún nivel realista de detalle”, explicó el juez Clarke en su decisión, quien cree que “el plan está lejos de ser tan preciso como lo requiere la ley”.

3. El contencioso de la evaluación ambiental climática

Los proyectos que afectan al medio ambiente durante un largo período de tiempo son particularmente cuestionables debido a los impactos que tendrán en el sistema climático. Este tipo de litigio implica entonces una solicitud de evaluación climática completa de los objetivos del proyecto y cuestiona la legalidad de las decisiones de los poderes públicos. Estas acciones se refieren principalmente a solicitudes de anulación de decisiones públicas como autorizaciones de obras públicas, instalaciones contaminantes, etc. Estas acciones climáticas preventivas están aún poco desarrolladas, pero sin duda serán más numerosas en los próximos años, en particular para contrarrestar los grandes proyectos o sus estudios de impacto, cada vez más impugnados por los ciudadanos.

Casos como el recurso contra la decisión por la que se autoriza la ampliación del aeropuerto de Viena y la reubicación de una autopista tras dicha ampliación⁴⁵, o contra la concesión de una prórroga de cinco años de un permiso de planificación para una pista de aterrizaje del aeropuerto de Dublín⁴⁶, o aún en contra de la ampliación del aeropuerto de

⁴⁴ Supreme Court of Ireland. 31 de julio 2020. *Friends of the Irish Environment vs. The Government of Ireland & Ors.*

⁴⁵ El 29 de junio de 2017, el Tribunal Constitucional anuló la decisión del Tribunal Administrativo Federal que había dado razón a los demandantes. Consideró, en particular, que este no tenía que dar prioridad a la lucha contra el CC y, por consiguiente, a la protección del medio ambiente por encima de otros intereses públicos. Con esta decisión, la lucha contra el CC no es más que un objetivo entre otros, que debe ser conciliado con otros derechos, principios y objetivos establecidos por la Constitución. Tribunal Constitucional de Austria. 29 de junio 2017. *In re Vienna-Schwechat Airport Expansion.*

⁴⁶ High Court of Ireland. 21 de noviembre 2017. *Friends of the Irish Environment CLG v. Fingal County Council.*

Heathrow⁴⁷ demuestran el auge de ese tipo de recurso que, si no logran la anulación de las autorizaciones, paralizan las obras y hacen publicidad a los movimientos ciudadanos. En una decisión reciente, el Tribunal de Apelación del Reino Unido llegó a la conclusión de que el Gobierno debía considerar los objetivos del Acuerdo de París en su marco normativo para la ampliación del aeropuerto de Heathrow. El tribunal llegó a la conclusión de que el proceso era inválido y por lo tanto debía volver a realizarse.

Otro ámbito de litigación que debería desarrollarse de manera fuerte en un futuro próximo –y que tiene particular relevancia para Chile– es el relativo a las demandas contra autorización referidas a proyectos mineros y similares. Así, en el caso *Earthlife Africa Johannesburg (ELA) v. Ministry of Environmental Affairs and others*⁴⁸, la North Gauteng High Court ordenó a las autoridades públicas proceder a una evaluación climática con respecto al proyecto de una central eléctrica de carbón (*Thabametsi Power Project*). El argumento principal de los demandantes se apoyaba en el artículo 24 de la Constitución que prevé: “toda persona tiene derecho a un medio ambiente que no sea perjudicial para su salud o bienestar; y a que se proteja el medio ambiente, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante medidas razonables, legislativas y de otra índole, que impidan la contaminación y la degradación ecológica; promuevan la conservación; y garanticen el desarrollo y la utilización ecológicamente sostenibles de los recursos naturales, promoviendo al mismo tiempo un desarrollo económico y social justificable”. Razonando que el desarrollo sostenible está “...íntegramente vinculado al principio de justicia intergeneracional que obliga al Estado a adoptar medidas razonables para proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras...”, el juez condenó el hecho de que las autoridades públicas no consideraron el impacto sobre el CC al expedir la autorización “medioambiental” del proyecto de central eléctrica de carbón. Al emitir una *Climate Change Impact Assessment* (Evaluación de Impacto del CC), el juez da aquí un paso importante en el control de “proyectos climaticidas” o proyectos no compatibles con el clima. Es una fuerte señal a los futuros gestores de proyectos basados en la explotación de carbón u otras fuentes de energía que emitan GEI. Este razonamiento llevó al juez a exigir al Estado que llevará a cabo una verdadera evaluación climática del proyecto a largo plazo.

En el caso *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning* de 08 de febrero de 2019, el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur (Australia) confirmó la denegación por el Gobierno de la solicitud del proyecto de carbón de Rocky Hill. El tribunal determinó que el proyecto no era de interés público después de sopesar los costos y beneficios del mismo, incluidos los efectos en el CC por las emisiones directas e indirectas de GEI de la mina. El tribunal mencionó los requisitos de la EPA de considerar “cualquier instrumento de planificación ambiental”, sus reglamentos que exigen que se tengan en cuenta “los principios del desarrollo ecológicamente sostenible”, que pueden abarcar los impactos del CC, la Política Estatal de Planificación Ambiental de 2009, el Plan Ambiental Local de Gloucester de 2010 y las emisiones acumuladas de GEI asociadas a un proyecto.

III. ¿Algunas enseñanzas para Chile?

A la luz de lo explicado hasta aquí, podemos identificar algunos desafíos y perspectivas relacionados con el movimiento de los juicios climáticos, tanto para las

⁴⁷ Supreme Court of the United Kingdom. 06 de mayo 2020. *Plan B Earth v. Secretary of State for Transport*

⁴⁸ High Court of South Africa. Gauteng Division, Pretoria. 6 de marzo 2017. Case n° 65662/16. *Earthlife Africa Johannesburg (ELA) v. Ministry of Environmental Affairs and others*.

autoridades públicas como para los litigantes y la magistratura. Recogiendo el marco analítico expuesto, el Estado debe evitar actuar de manera negligente tanto como legislador como en su rol de gobierno. El papel de las jurisdicciones también será fundamental, considerando que ya aparecen fallos con referencia al CC.

Chile, por su firma del AP, reconoce –al igual que la mayoría de los Estados del planeta– la urgente necesidad de hacer todo lo posible para evitar un aumento de la temperatura de 2°C por sobre los niveles preindustriales y de continuar los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5°C con el fin de reducir significativamente los riesgos⁴⁹ y los efectos del CC⁵⁰. Sobre ese último punto, las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés)⁵¹ obligan a las Partes a avanzar en sus compromisos, darles seguimiento a sus emisiones y registrar sus progresos frente al régimen internacional, todos los que deberán ir enfocados en la disminución de las emisiones de GEI. Chile, frente al régimen internacional, presentó en 2015 su compromiso NDC que incluye medidas de mitigación, medidas de adaptación, construcción y fortalecimiento de capacidades, desarrollo y transferencia de tecnologías y financiamiento. Las Partes del Acuerdo de París deben presentar esas contribuciones cada cinco años y demostrar un progreso de las acciones comprometidas previamente; por ende, deben incluir medidas más intensas y ambiciosas adoptadas en el marco de las obligaciones asumidas previamente. Esas exigencias de lucha contra el CC se reflejan en los objetivos y compromisos fijados a nivel nacional. En este sentido, se pueden mencionar la Política Nacional de Ordenamiento Territorial (PNOT) que considera los objetivos de desarrollo sostenible (Agenda 2030 de las Naciones Unidas y Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable), la adaptación al CC (Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (PANCCII) 2017-2022)⁵², y de reducción de los factores subyacentes del riesgo de origen natural y antrópico (Política Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastre) o el proyecto de Ley marco de cambio climático (en adelante LMCC)⁵³ que el gobierno ingresó el 13 de enero 2020 en el Senado.

Sobre lo particular, la NDC ha sido actualizada, aprobada y presentada el 9 abril 2020 a la Secretaría de la CMNUCC⁵⁴. Esa actualización se gestó en forma paralela a la elaboración del Proyecto de LMCC para Chile, por lo que fue diseñada de modo de alinear los compromisos climáticos internacionales con las directrices e instrumentos que propone el proyecto. Además, incorpora un pilar social sobre transición justa y desarrollo sostenible para la actualización e implementación de la NDC de Chile (capítulo 3) y pone un enfoque especial en la claridad, transparencia, entendimiento y seguimiento de las metas fijadas (capítulo 8). Pese a estos esfuerzos, cabe señalar que el Estado chileno puede adoptar medidas más concretas y eficaces para luchar contra el CC, lo que pone en cuestión el cumplimiento de sus objetivos a corto plazo de reducción de los GEI y, a más largo plazo, la necesidad de adoptar medidas de adaptación. Estas deficiencias pueden constituir una violación por parte

⁴⁹ HERVÉ Y RIESTRA (2018).

⁵⁰ Artículo 2.1.a) del Acuerdo de París.

⁵¹ Las NDC se consignan en el *Registro Internacional de Contribuciones Determinadas a nivel Nacional* [en línea]. [fecha de consulta 02 de junio de 2019]. Disponible en <https://unfccc.int/es/news/entra-en-funcionamiento-el-registro-internacional-de-contribuciones-determinadas-a-nivel-nacional>.

⁵² Ministerio del Medio Ambiente, Chile (2017).

⁵³ Boletín N°13.191-12, Mensaje N° 574-367.

⁵⁴ *Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) de Chile. Actualización 2020* [en línea]. [fecha de consulta 15 de agosto 2020]. Disponible en: https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Chile%20First/NDC_Chile_2020_español.pdf

del Estado de su obligación general de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad de sus ciudadanos, y de sus obligaciones específicas en virtud de la legislación nacional y el derecho internacional en la lucha contra el CC como lo señala el artículo 70 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBGMA), y, por tanto, implican la responsabilidad del Estado.

El PANCC-II se refiere a la incorporación del cambio climático en instrumentos de gestión ambiental existentes y en otros de gestión pública. Prevé, a partir del 2021, incorporar un enfoque de cambio climático considerando tanto la adaptación como la mitigación, de al menos un instrumento al año, incluyendo, al menos, el SEIA, la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), la Plataforma nacional para la reducción del riesgo de desastres y la PNOT⁵⁵. Lo que significa que actualmente ninguno de estos instrumentos de planificación como las normas que regulan el funcionamiento del SEIA se refieren a la forma en que el CC debe ser considerado.

Seguramente, las jurisdicciones chilenas no permanecen silenciosas ni inactivas sobre estos asuntos, como lo demuestra la sentencia de la Corte Suprema a propósito de la situación de contaminación en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví que marcará un precedente⁵⁶. Entre las numerosas aristas del fallo, llama la atención lo ordenado por la Corte a las autoridades, por su semejanzas con lo decidido en el caso *Lashgari v. Pakistan*. En relación a las evaluaciones de impacto ambiental, la cuestión de la incorporación del aspecto climático empieza a aparecer, como lo muestran las decisiones del tercer TA de Valdivia Rol N° R 77-108, de 20 de agosto de 2019⁵⁷, y Rol N° R 42-2017, de 04 de enero de 2018, y la del TA de Santiago, Rol N° 141-2017 de 08 de febrero de 2019^{58 59}.

Existen muchos obstáculos para un reconocimiento legal de la responsabilidad climática. Sin embargo, esta evolución parece inevitable. De la misma manera que ayer el juez sentó las bases de la responsabilidad médica y ambiental, hoy se encuentra en el proceso de construir los lineamientos de un nuevo régimen de responsabilidad climática, demostrando así que la protección climática ya no es solo prerrogativa del legislador y del gobierno, sino también del juez.

Conclusión

El éxito en los últimos años de un pequeño número de casos de litigación climática con impacto a nivel internacional ha dado lugar a un aumento de estos tipos de litigios. Estas

⁵⁵ Ministerio del Medio Ambiente, 2017) p. 142.

⁵⁶ SCS Rol N° 5888-2019 de 28/05/2019. Con anterioridad, se puede también señalar SCS Rol N° 34.594-2017 de 22/05/2018, recogiendo la tesis del fallo relativo al 27F, especialmente en lo relativo a la defectuosa coordinación de los organismos sectoriales, a la falta de implementación de medidas preventivas y al incumplimiento de normas internacionales mínimas sobre la materia.

⁵⁷ En ese caso, el TA concluyó que “actualmente no existe obligación legal ni reglamentaria de evaluar los impactos sobre el cambio climático en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”. Cons. 84.

⁵⁸ En esa oportunidad, el TA resolvió anular parcialmente una RCA, pues “del análisis del expediente de evaluación ambiental del proyecto, así como las autorizaciones ambientales, fue posible constatar que, en el caso de autos, las simulaciones llevadas a cabo (...) no consideraron la influencia del cambio climático (...) Esta situación deberá ser enmendada (cons. 81)”. “En conclusión, al momento de cumplir con lo dispuesto en esta sentencia, la autoridad ambiental deberá evaluar el efecto sobre el ecosistema (...), considerando los escenarios de cambio climático utilizados por los expertos en la materia”. Cons. 82.

⁵⁹ Con anterioridad, el CC fue invocado por una empresa como cuestión de fuerza mayor para eludir su responsabilidad en el marco de una demanda por daño ambiental a los glaciares. Segundo TA (Santiago), 20 de marzo de 2015, *Rubén Cruz Pérez y otros c/ Compañía Minera Nevada SpA*, Rol D-2-2013.

decisiones están en consonancia con los esfuerzos por reconocer las dimensiones de los derechos humanos del CC que se aprobaron en el Acuerdo de París⁶⁰. La “humanización de los CC y “climatización” de los derechos humanos está en camino⁶¹ y el diálogo de los jueces será fundamental en ello. A nivel “local”, se debe analizar los impactos de la OC-23/17. No descartamos que haya influenciado la sentencia chilena del caso Quinteros, Ventana y Punchuncavi.

Bibliografía citada:

Administrative Review Council. *Administrative accountability in business areas subject to complex and specific regulation* [en línea]. [Fecha de consulta: 22 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://tticdn.blob.core.windows.net/tti-files/docs/administrative-accountability-draft-report.pdf>. 2008.

-ARRIAGADA, R.; MECKIEVI, S.; MORAGA, P. *et al. Informe: Contenidos mínimos de una Ley de Cambio Climático para Chile*: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjZidyi06_rAhXgGbkGHcrICSUQFjAAegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.uchile.cl%2Fdocumentos%2Fcontenidos-minimos-de-una-ley-de-cambio-climatico-para-chile_157426_2_4827.pdf&usg=AOvVaw2TAgDGKweJk3_wpibnZa3Y

BERMÚDEZ, SJ. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2º ed. Valparaíso, Chile: Ed. Universitarias de Valparaíso, 2014, 549 pp.

BORRAS PENTINAT, S. La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, vol. XIII, p. 3-49.

CAMPINS ERITJA, M. La acción internacional para reducir los efectos del Cambio Climático: el Convenio Marco y el Protocolo de Kioto, *Anuario de Derecho Internacional*, 1999, n° 15, p. 112-113.

CINI, M. From Soft Law to Hard Law? Discretion and rules-making in the Commission's State Aid Regime. EUI, *Working Paper*, RSC 2000/35

Conseil d'État. *Le droit souple*, Paris: EDCE, La documentation française, 2013, n° 54, 297 p.

VVAA., *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, Mare et Martin, 2018, 374 p.

COURNIL Ch. Y PERRUSO, C. Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence. *La Revue des droits de l'homme*. 2018, 14

DIAZ Coutiño, R.. *Desarrollo sustentable: Una oportunidad para la vida*. Mc Graw-Hill Interamericana, 2015, 297 p. ISBN: 9786071512796.

GARGARELLA, R. Y COURTIS, Ch. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL – Serie Políticas sociales, 2009, N° 153. Santiago de Chile.

GROPPI, T. Y PONTTHOREAU, MC. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013, 470 p. ISBN: 9781849462716

⁶⁰ El inciso 11 del Preámbulo del AP reconoce “que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”.

⁶¹ En referencia al título del artículo de COURNIL Y PERRUSO (2018).

HERVÉ ESPEJO, D. Y RUESTRA LÓPEZ, S. (edit.), *Riesgos, Derecho y Medio Ambiente*. Edición. Valparaíso: Ed. Universitarias de Valparaíso, 2018, 157 pp. ISBN: 978-956-17-0783-2

VVAA., *Le contrôle juridictionnel du droit souple*. EPURE, Reims, 273 pp.

HUGLO, Ch. *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, 2^o tirage. Bruxelles: Editions Bruylant, 2018, 395 pp.

IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change. Glosario. En *Cambio Climático 2013: Bases físicas. Contribución del Grupo de Trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* [en línea]. [Fecha de consulta: 22 de agosto 2020]. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://bit.ly/2Ed54LX>. 2013.

JARIA, J. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 332 pp. ISBN: 9788490041352

LUCAS GARÍN, A. Novedades del Sistema de Protección Internacional de Cambio Climático: el Acuerdo de París. *Estudios Internacionales* n° 185, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile. 2016, p. 39-72.

MARKELL, D. Y RUHL, JB. An Empirical Assessment of Climate Change in The Courts: A new Jurisprudence Or Business as Usual? *Florida Law Review*, 2012, vol. 64, pp. 15-72.

MARKESINIS, B. Y FEDTKE, J. *Judicial recourse to foreign law*. Routledge-Cavendish. Nueva York, 2006, 440 pp. ISBN : 9780415443487

Ministerio del Medio Ambiente de Chile. *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022* [en línea]. [Fecha de consulta: 22 de agosto 2020]. Santiago: Gobierno de Chile. Disponible en: <http://bit.ly/35eoEU8>. 2017.

MORAGA, P. Y MECKIEVI, S. Análisis crítico de la judicialización del cambio climático y la baja economía en carbono frente a las categorías tradicionales del Derecho. *Revista de Derecho (Concepción)*, 2016, N° 240, n° 2, p. 75-95.

MORAND-DEVILLER, J. ET. BENICHOT, JC. (Dir.). *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques, l'exemple du droit de l'environnement*. IRJS Editions, 2010. T. 22, 417 p., ISBN : 978-2-9534539-5-9.

NAVA ESCUDERO, C. *Estudios ambientales*. 3^a ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 802 pp. ISBN: 978-607-30-0365-0

NAVA ESCUDERO, C. El Acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, núm. 147, p. 99-135.

OCDE y Cepal. *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile* [en línea]- [fecha de consulta]. Disponible en: <http://bit.ly/2RJyeu2>. 2016.

PAREJO NAVAJAS, T. La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2016, N° 177, p. 259-279.

SADELEER, N. de, *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

SCHLOSBERG, D. Y COLLINS B. L. From Environmental to Climate Justice: Climate Change and the Discourse of Environmental Justice. *WIREs Climate Change*, 2014, vol. n° 5, p. 359-374.

SETZER, J. Y BYRNES, R. *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot -Policy report July 2020* [en línea]. [Fecha de consulta]. Disponible en: https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf. 2020.

SLAUGHTER, AM. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, 1994, vol. 29, p. 99-137.

TAMMES, AJP. Soft Law. En *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*. The Hague: Nijhoff, 1983, p. 187-195.

THEYS J. Un nouveau principe d'action pour l'aménagement du territoire ? Le développement durable et la confusion des (bons) sentiments. En WACHTER, S. (Dir.). *Repenser le territoire : Un dictionnaire critique*. La Tour d'Aigues: DATAR / Editions de l'Aube, 2000, p.225-259.

TISNÉ NIEMANN, J. Las organizaciones ciudadanas como representantes de intereses colectivos ambientales: Reconocimiento a través de la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, n°46, p. 227-252.

TORRE-SCHAUB, M. *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique* [en línea]. [Fecha de consulta: 22 de agosto 2020]. Disponible en: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf>. 2020.

TORRE-SCHAUB, M. Le contentieux climatique: quels apports au droit de l'environnement? Ou comment faire du neuf avec de l'ancien. *Dr. de l'env.*, 2018, n° 263, p. 6-13.

Jurisprudencia citada

Extranjera:

- Corte interamericana de derechos humanos, opinión consultiva oc-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la república de Colombia - medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos)

- Tribunal Constitucional de Austria. 29 de junio 2017. *In re Vienna-Schwechat Airport Expansion*.

- Corte Suprema de Lahore. 4 de Septiembre 2015. *Ashgar Leghari/Federación de Pakistán*. W. P. No. 25501/2015.

- Corte Suprema de Países Bajos. 20 de diciembre 2019. *Klimaatzaak Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007.

- Corte Suprema de Pakistán. 04 de enero de 2016, *Rabab Ali v. Pakistan*.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC 4360-2018 de 05 de abril 2018, *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente*

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035 de 08 de febrero 2016

- Supreme Court *Friends of the Irish Environment vs. The Government of Ireland & Ors*, 31 de julio de 2020

- High Court of Ireland. 21 de noviembre 2017. *Friends of the Irish Environment CLG v. Fingal County Council*.

- High Court of South Africa. Gauteng Division, Pretoria. 6 de marzo 2017. Case n° 65662/16. *Earthlife Africa Johannesburg (ELA) v. Ministry of Environmental Affairs and others*.

- U.S Court of Appeals for the Ninth Circuit. 17 de enero de 2020. *Kelsey Cascadia Rose Juliana v. the United States of America*.

- National Green Tribunal, 25 de marzo 2017. *Ridhima Pandey c/ Union of India*.

Chilena:

- SCS Rol N° 5888-2019, *Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví*, de 28/05/2019

- SCS Rol N° 15.499 / 15.500 / 15.501-2018 de 24.12.2018

- SCS Rol N° 34.594-2017, *Cementerio de salmones*, de 22/05/2018
- Tercer TA Rol N° R 77-108, *Gabriela Simonetti Grez y otros con Servicio de Evaluación Ambiental*, de 20/08/ 2019.
- Segundo TA Rol N° 141-2017, *Jara Alarcón, Luis en contra del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Ex. N° 1317, de 15 de noviembre de 2016)*, conocido también como *Cerro Colorado*, de 08/02/2019.
- Tercer TA Rol N° R 42-2017, *Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Comité de Ministros (Rio Cuervo)*, de 04/01/2018.
- Segundo TA Rol D-2-2013, *Rubén Cruz Pérez y otros c/ Compañía Minera Nevada SpA*, de 20/03/2015.