

La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades

Climate Justice: Between the Guardianship and the Fiscalization of Responsibilities

Susana **Borras Pentinat***

SUMARIO: I. *Introducción: construyendo la justicia climática.* II. *La acción contenciosa y fiscalizadora del clima en el derecho internacional.* III. *La jurisdicción estatal: especial referencia a Estados Unidos.* IV. *Los tribunales de opinión sobre el clima.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

* Profesora agregada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona- España). Este artículo se ha realizado gracias a la financiación del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación. Convocatoria de ayudas de proyectos de investigación fundamental no orientada titulado “La garantía jurídica de la vertiente intrageneracional de la justicia ambiental como aspecto social del desarrollo sostenible”. DER2010-19529. Investigador Principal: Dr. Antoni Pigrau Solé. Periodo 2011-2013, y del Proyecto EJOLT- *Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade*, financiado por la Unión Europea, Séptimo Programa Marco [FP7/2007-2013] [FP7/2007-2011]) según el acuerdo n. 266642 (Artículo II.30. del Grant Agreement).

Recibido el 30 de marzo de 2012
Aprobado para publicación el 4 de septiembre de 2012

RESUMEN: El aumento del nivel de emisiones de gases de efectos invernadero intensifica el cambio climático y sus consecuencias, especialmente, en países que han contribuido escasamente al cambio climático, pero que son muy vulnerables a sus efectos. Las víctimas, que representan la mayor parte de población mundial con pocos recursos sufren las consecuencias de un modelo de desarrollo irracional y altamente contaminante preponderante en los países industrializados. Las responsabilidades climáticas son comunes, pero diferenciadas: todos los países han contribuido a generar el problema, pero en diferente medida, tanto el nivel de emisiones de gases de efecto invernadero, como las consecuencias del cambio climático difieren de un país a otro, en función de las capacidades económicas, tecnológicas y de resiliencia.

Palabras clave: medio ambiente, cambio climático, justicia climática, responsabilidades climáticas.

ABSTRACT: The increase of the level of greenhouses gas emissions intensifies the climate change and its consequences, specially, in countries that they have contributed scantily to the climate change, but that are very vulnerable to its effects. The victims, who represent most of world population with few resources, suffer the consequences of a model of irrational and highly pollutant preponderant development in the industrialized countries. The climatic responsibilities are common, but differentiated: all the countries have helped to generate the problem, but in different measure, so much the level of emission of greenhouse gases, since the consequences of the climate change differ from a country to other one, depending on the economic, technological capacities and of resilience.

Descriptors: environment, climate change, climate justice, climate responsibilities.

RÉSUMÉ: L'augmentation des émissions de gaz à effet de serre intensifie le changement climatique et ses conséquences, en particulier dans les pays qui ont très peu contribué au changement climatique, mais ils sont très vulnérables à ses effets. Les victimes, qui représentent la majorité de la population mondiale avec des ressources limitées souffrent d'un modèle de développement en vigueur irrationnel et très polluantes dans les pays industrialisés. Temps responsabilités communes, mais différencierées: tous les pays ont contribué au problème, mais à des degrés divers, à la fois le niveau des émissions de gaz à effet de serre, les conséquences du changement climatique diffèrent d'un pays à l'autre, en fonction de la résilience économique, technologique et.

Mots-clés: changement climatique, justice climatique, responsabilités climatiques.

Los tratados internacionales del medio ambiente carecen de mecanismos coercitivos para hacer cumplir las obligaciones de los Estados parte. Así, por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) de 1992¹ no contiene medios para juzgar o sancionar a los países que no cumplan con sus compromisos de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, las vías legales de aplicación del derecho internacional del medio ambiente de los diferentes tribunales y de los medios de solución de controversias existen en la actualidad para resolver las diferencias ambientales internacionales. En efecto, las litigaciones climáticas representan un incentivo frente al rosario de buenas intenciones que no hacen más que evidenciar las míseras realidades a las que se exponen las víctimas del cambio climático.²

Los diferentes órganos judiciales e instancias fiscalizadoras, desde diferentes ámbitos jurisdiccionales, están dirimiendo casos relativos al calentamiento global, apuntando a una tendencia: los pleitos climáticos están cambiando la perspectiva de cómo hacer frente a las responsabilidades climáticas, ya sea desde el punto de vista jurídico, en el refuerzo del cumplimiento de los compromisos jurídicos, como también en la determinación de responsabilidades del calentamiento global. El objetivo final es la efectividad de la denominada “justicia climática”, en respuesta a la inactividad gubernamental.

El presente artículo va a analizar aquellos ámbitos jurisdiccionales y fiscalizadores en los que se han producido más avances en la protección del clima por instancias judiciales y de control, que ante la evidencia de los efectos derivados del calentamiento global, el número de querellas, denuncias y quejas aumentan considerablemente. En este sentido,

¹ Véase *ILM*, vol. 31, 1992, p. 851. Instrumento de ratificación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Nueva York el 9 de mayo de 1992. BOE. Boletín Oficial del Estado (España), núm. 27, 1 de febrero de 1994.

² Sobre esta cuestión consultar a Gupta, J., “Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, Issue 1, abril de 2007, pp. 76-86.

y desde un ámbito internacional, se van a analizar en primer lugar, los intentos para que la Corte Internacional de Justicia se pronuncie sobre las responsabilidades climáticas de los principales emisores de gases de efecto invernadero (GEI), en segundo lugar, el control ejercido en los casos conocidos por el Comité del Patrimonio Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la base de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, del 16 de noviembre de 1972; en tercer lugar, el caso del pueblo de los Inuit sometido a la consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; a continuación, se analizarán las denuncias recibidas por el incumplimiento de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para las empresas multinacionales, y, finalmente, se hará referencia al caso de incumplimiento de Canadá sometido al Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto. Desde el ámbito estatal, y considerando que los jueces nacionales ya se han pronunciando en casos donde el cambio climático era el objeto principal de los litigios, el presente artículo se va a centrar en la actividad jurisdiccional de Estados Unidos, como caso paradigmático del papel del Poder Judicial en la lucha contra el cambio climático frente a la pasividad del Ejecutivo y Legislativo estadounidenses. Finalmente, se analiza a los tribunales de opinión para la justicia climática surgidos de los diferentes movimientos sociales en respuesta a los reclamos de responsabilidades de los principales emisores de gases de efecto invernadero.

El análisis de todos estos casos permitirá demostrar el rol activo de la sociedad civil para hacer efectivas las responsabilidades por daños al medio ambiente y a los derechos humanos, constando asimismo que la problemática del cambio climático está reforzando el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en temas ambientales y los principios de quien contamina, paga, y el de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Además, como se verá más adelante, a medida que los tribunales declaran la obligatoriedad de la responsabilidad atmosférica, a partir de ahí los ciudadanos podrían interponer demandas contra sus propios gobiernos.

II. LA ACCIÓN CONTENCIOSA Y FISCALIZADORA DEL CLIMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La fundamentación jurídica deriva del derecho internacional del medio ambiente, es decir, del principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992,³ según el cual los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional. El Principio 22 de la Declaración de Estocolmo consagra además la invitación a los Estados para “... cooperar para el desarrollo del Derecho internacional en relación con la responsabilidad y la indemnización a las víctimas de la contaminación y de otros daños ecológicos...”, según la cual los Estados tienen la obligación de garantizar que las actividades dentro de su jurisdicción y control, respeten el medio ambiente de otros Estados y áreas fuera del control nacional. Esta obligación se encuentra reconocida en muchos de los tratados internacionales medioambientales actuales y constituye una clara limitación a la actividad internacional de los Estados y de las empresas que están bajo su control.

Sobre la base de la responsabilidad internacional, los primeros trabajos codificadores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), se remontan a su 30o. periodo de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”.⁴ No obstante, es hasta 1983,⁵ que la CDI se

³ Véase Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972, y Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, véase *International Legal Materials* 11, 1972, p. 1416 y en UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1 y United Nations Conference on Environment and Development, “Rio Declaration on Environment and Development”, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992) y 31 *ILM* (1992), p. 874, respectivamente.

⁴ En ese periodo de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario...*, 1978, vol. II (Segunda parte), pp. 147-149.

⁵ De acuerdo con su función de codificación y desarrollo progresivo del derecho inter-

ocupa exclusivamente de la responsabilidad por las consecuencias físicas que constituyen daños transfronterizos sensibles causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional.⁶ En este sentido, la práctica internacional ha demostrado ser reticente a aceptar un régimen de responsabilidad objetiva,⁷ también denominada responsabilidad “por riesgo” o “por daños” porque conecta directamente la responsabilidad internacional del Estado con los daños al medio ambiente. Esta relación obedece a la existencia de una peligrosidad inherente a ciertas actividades a las que se añade una garantía extraordinaria que asegura la reparación de los daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas por el

nacional, prevista en los artículos 1.1 y 15 de su Estatuto, UN-Doc. A/CN.4/4/Rev.2. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 56/82, del 12 de diciembre de 2001, pedía a la CDI que reanudase el examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad por actos no prohibidos. Sobre los trabajos de la CDI, véase Pisillo Mazzeschi, R., “Le Nazione Unite e la codificazione della responsabilitá per danno ambientale”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, núm. 2, 1996, pp. 371-386; McCaffrey, S. C., “The Work of the International Law Commission Relating to Transfrontier Environmental Harm”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 20, 1988, pp. 715-731; Hafner, G. y Pearson, H. L., “Environmental Issues in the Work of the International Law Commission”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 11, 2000, pp. 23 y ss.; Barrionuevo Arévalo, L., “The Work of the International Law Commission in the Field of International Environmental Law”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 2005, vol. 32, núm. 3, pp. 493-507.

⁶ Sobre esta cuestión, Jenks, W., “Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law”, *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, vol. 177-I, 1966, pp. 105-2000; Kelson, “State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity”, *Harvard Law Journal*, 1972, pp. 197 y ss.; Cahier, P. R., “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international”, en Institut de Hautes Études Internationales (IHEI), *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Ginebra, 1977, pp. 432 y ss.; Torres Ugena, N., “Responsabilidad internacional y contaminación del medio ambiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 68, 1983, pp. 109-142; Scovazzi, T., “State Responsibility for Environmental Harm”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12, 2001, pp. 43-67, y Pigrau Solé, A., “La responsabilidad internacional de los Estados por daños al medio ambiente”, en Sindico, F. et al.(eds.), *Derecho internacional del medio ambiente: una visión desde Iberoamérica*, Londres, Cameron May, 2011, pp. 106 y ss.

⁷ En este sentido, “Las normas de Derecho Internacional pueden también establecer que quede comprometida la responsabilidad objetiva (“strict”) del Estado sobre la única base del daño o lesión... La no-adopción por el Estado de normas y controles apropiados de acuerdos con régimen medioambiental, incluso si en sí misma no constituye violación de una obligación, puede originar su responsabilidad si el daño se produce como una consecuencia, incluyendo el daño causado por operadores bajo su jurisdicción o control”. Véase Institut de Droit International (IDI), artículo 4o. de la Resolución adoptada el 4 de septiembre de 1997, Sesión de Estrasburgo, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1997, 67-I, pp. 479 y ss.

derecho internacional, pero ecológicamente peligrosas.⁸ Su aplicación exige una relación de causalidad material sin que deba mediar culpa o negligencia del Estado autor del daño. Como consecuencia del carácter absoluto de esta responsabilidad se excluye la consideración de eventuales causas de exoneración, de manera que, producido el daño ecológico el Estado tiene la obligación de responder, por lo que la reparación puede ser total.⁹ Sobre la base de criterios de justicia y equidad, ningún Estado debe pagar los daños ambientales derivados de riesgos extraordinarios creados por otros Estados. Se trata de establecer un equilibrio compensatorio entre los intereses contrapuestos de quienes quieren realizar actividades ecológicamente peligrosas y quienes buscan una garantía frente a sus eventuales consecuencias perjudiciales.¹⁰

A partir de 1992, la CDI separa la responsabilidad (*responsibility*) propiamente dicha de la prevención de los daños transfronterizos (*liability*) y en su 49º periodo de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un grupo de trabajo para abordar la relación entre el principio de preven-

⁸ El incidente del pesquero japonés *Lucky Dragon* en 1954 tuvo como consecuencia el pago de Estados Unidos de 2 millones de dólares en concepto de compensación por los daños causados por la radioactividad, derivada de las pruebas nucleares americanas en la zona del Pacífico, a 53 pescadores del barco japonés *Lucky Dragon*, uno de los cuales resultó muerto. En este caso, los Estados Unidos no aceptaron su responsabilidad, pero hicieron una compensación voluntaria o “graciosa”. Véase Settlement of Japanese Claims for Personal and Properties Damages Resulting from Nuclear Tests in the Marshall Islands in 1954, del 4 de enero de 1975, TIAS, núm. 3160. En el accidente del satélite Cosmos 954 soviético en 1979 que produjo la caída de residuos radiactivos sobre la Tierra, principalmente en Canadá, el gobierno de la URSS aceptó la reclamación canadiense, basada en la idea de la responsabilidad “absoluta” o “estricta” y pagó 2.5 millones de dólares como indemnización. Véase Nanda, V., “The Establishment of International Standards for Transnational Environmental Injury”, *Iowa Law Review*, núm. 60, 1975, pp. 1089-1125, y Goldie, L. F. E., “International Principles of Responsibility for Pollution”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 9, 1970, pp. 283-309.

⁹ Como ha subrayado Pisillo Mazzeschi, las obligaciones de los Estados aparecen como obligaciones típicas de protección del medio ambiente, que requieren un comportamiento activo del Estado para asegurar su prevención o represión y cuya ausencia determina su responsabilidad por omisión. Véase Pisillo Mazzeschi, R., “Forms of International Responsibility for Environmental Harm”, en Francioni, F. y Scovazzi, T. (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, 1991, pp. 15 y ss.

¹⁰ Véase Dupuy, P. M., “La réparation des dommages causés aux nouvelles ressources naturelles”, en *Académie de Droit International, Colloque, Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles*, 1982, pp. 432-441.

ción y la obligación de conceder una indemnización u otra reparación. El grupo de trabajo señaló que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: la “prevención” y la “responsabilidad internacional” (*international liability*). En opinión del Grupo de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”.¹¹ La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156. En el mismo periodo de sesiones, la Comisión nombró relator especial encargado de esta parte del tema a Pemmaraju Sreenivasa Rao.

El 2 de agosto de 2001, la CDI aprobó en su 53o. periodo de sesiones el Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,¹² que codifica principios y normas procedimentales de prevención de daños transfronterizos. El origen de este régimen de responsabilidad se encuentra en la realización de actividades no prohibidas por el derecho internacional pero que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible a las personas, los bienes o al medio ambiente. Es decir, existe en esta responsabilidad un daño material, pero no necesariamente un daño jurídico. En cambio en la responsabilidad por hecho ilícito identifica el daño jurídico con el daño material. Por este motivo, el proyecto se centra en la obligación de prevenir el daño, a diferencia de los anteriores proyectos basados en la obligación de reparación del daño. La CDI adoptó también, en 2004, el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en el caso de daño resultante de actividades peligrosas¹³

¹¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, *Quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/52/10)*, parr. 168.

¹² Véase Comisión de Derecho Internacional (CDI), Informe de trabajo de su 53o. sesión (del 23 de abril al 1o. de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001), AGNU, Suplemento núm. 10, A/56/10.

¹³ Véase A/CN.4/L.662, de 15 julio de 2004. Este Proyecto fue adoptado definitivamente en la 58o. sesión de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2006 (A/61/10). También consultar el Proyecto en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, parte 2.

como respuesta a la responsabilidad internacional en el caso de pérdidas derivadas del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

1. *La Corte Internacional de Justicia (CIJ)*

El recurso a la CIJ para dirimir cuestiones relativas al cambio climático se fundamenta en la misma CMNUCC, cuyo artículo 14 admite la posibilidad de que cualquier Estado parte en la Convención pueda presentar sus demandas ante la CIJ.¹⁴

¹⁴ En efecto, el artículo 14 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático se refiere al “Arreglo de controversias” y en concreto se refiere a que: “1. En caso de controversia entre dos o más Partes sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, las Partes interesadas tratarán de solucionarla mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección. 2. Al ratificar, aceptar o aprobar la Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento a partir de entonces, cualquier Parte que no sea una organización regional de integración económica podrá declarar en un instrumento escrito presentado al Depositario que reconoce como obligatorio *ipso facto* y sin acuerdo especial, con respecto a cualquier controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención, y en relación con cualquier Parte que acepte la misma obligación: a) El sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; o b) El arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establecerá, en cuanto resulte factible, en un anexo sobre el arbitraje. Una Parte que sea una organización regional de integración económica podrá hacer una declaración con efecto similar en relación con el arbitraje de conformidad con los procedimientos mencionados en el inciso b). 3. Toda declaración formulada en virtud del párrafo 2 de este artículo seguirá en vigor hasta su expiración de conformidad con lo previsto en ella o hasta que hayan transcurrido tres meses desde que se entregó al Depositario la notificación por escrito de su revocación. 4. Toda nueva declaración, toda notificación de revocación o la expiración de la declaración no afectará de modo alguno los procedimientos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia o ante el tribunal de arbitraje, a menos que las Partes en la controversia convengan en otra cosa. 5. Con sujeción a la aplicación del párrafo 2, si, transcurridos 12 meses desde la notificación por una Parte a otra de la existencia de una controversia entre ellas, las Partes interesadas no han podido solucionar su controversia por los medios mencionados en el párrafo 1, la controversia se someterá, a petición de cualquiera de las partes en ella, a conciliación. 6. A petición de una de las Partes en la controversia, se creará una comisión de conciliación, que estará compuesta por un número igual de miembros nombrados por cada Parte interesada y un presidente elegido conjuntamente por los miembros nombrados por cada Parte. La Comisión formulará una recomendación que las Partes considerarán de buena fe. 7. En cuanto resulte factible, la Conferencia de las Partes establecerá procedimientos adicionales relativos a la conciliación en un anexo sobre la conciliación. 8. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, a menos que se disponga otra cosa en el instrumento”.

En el ámbito de la CIJ¹⁵ no existe ningún pronunciamiento concreto vinculado a la problemática del cambio climático.¹⁶ El único indicio de someter un caso a la CIJ, fue en 2002, cuando la nación insular de Tuvalu contempló la posibilidad de demandar a Estados Unidos y a Australia ante la CIJ por su negativa a ratificar el Protocolo de Kyoto. Finalmente, Tuvalu decidió no impulsar su iniciativa, después de reconocer las dificultades de ganar un caso de esa magnitud. Con posterioridad, en septiembre de 2011, las Islas Palau anunciaron en la Asamblea General de las Naciones Unidas su interés de recabar una opinión consultiva a la CIJ, a través de la misma Asamblea General, con el objetivo de plantear si los países tienen la responsabilidad de asegurar que cualquier actividad sobre su territorio que emite gases con efecto invernadero no daña a otros Estados de acuerdo con el artículo 194(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982.¹⁷

2. Comité UNESCO sobre el patrimonio mundial

Otra instancia que ha considerado los impactos del cambio climático a través de sus funciones controladoras o fiscalizadoras es el Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO.¹⁸ La actividad de este Comité ha

¹⁵ Strauss, A., “Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice”, *Adjudicating climate Change: State, National, and International Approaches*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 334-356.

¹⁶ No obstante, sí lo ha hecho con relación a cuestiones ambientales en general. Así, en la jurisdicción contenciosa: *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungria/ Eslovaquia)*, del 25 de septiembre de 1997, ICJ Rep. (1997); *Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru, Preliminary Objections*, del 26 de junio de 1992, ICJ Rep. (1992), pp. 240 y ss.; *Case Concerning Delimitation of the Marine Boundary in the Gulf of Maine Area*, del 12 de octubre de 1984, ICJ Rep. (1984), pp. 245 y ss.; *Nuclear Tests (Australia v. France)* (1973-1974), ICJ Rep. (1974); *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (1973-1974), ICJ Rep. (1974) y *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Rep (2006). Y en la jurisdicción consultiva: *Legality of the Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion*, del 8 de julio de 1996, ICJ Rep. (1996), pp. 225 y ss.

¹⁷ Véase Nota de prensa de UN News Centre. Disponible en: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39710&Cr=pacific+island&CrI=> (consultado el 2 de enero de 2012).

¹⁸ El Comité de Patrimonio Mundial es el organismo responsable de la toma de decisiones en todos los asuntos relacionados con la implementación de la Convención de Patrimonios

evidenciado la incapacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones con base en el artículo 4o. de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, del 16 de noviembre de 1972,¹⁹ según el cual cada uno de los Estados parte en la Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. En virtud de esta obligación, cada Estado procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

El Comité, siguiendo el artículo 11.4 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 y la Sección III de las Directrices de Operación para la Implementación de la Convención de Patrimonios de la Humanidad de 1999,²⁰ ha elaborado una Lista del Patrimonio de la Humanidad en peligro, de los sitios que corren el riesgo de ser destruidos por conflictos armados, catástrofes naturales o la destrucción del medio ambiente por los humanos, específicamente el turismo masivo. Al considerar si se debe incluir o no en la lista de Patrimonios de la Humanidad en Peligro, el Comité sigue lo establecido en los párrafos 80-93 de las Directrices de Operación para la Implementación de la Convención de Patrimonios de la Humanidad de 1999.²¹ Éstas prevén, en su tercer apartado, el establecimiento de

de la Humanidad. Se reúne una vez al año, en junio. Los que alcanzan pedidos esperan que el Comité considere sus pedidos de inclusión en la lista en peligro durante la siguiente sesión de junio de 2005. El Comité consiste en representantes de 21 de los Estados parte, elegidos por la Asamblea General de los Estados Parte de la Convención de Patrimonio de la Humanidad. El Comité de Patrimonio Mundial está conformado en este momento por: Argentina, Benín, Chile, China, Colombia, Egipto, India, Japón, Kuwait, Líbano, Lituania, Holanda, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Omán, Portugal, la Federación Rusa, Santa Lucía, Sudáfrica y el Reino Unido.

¹⁹ BOE (España), 1o. de julio de 1982, núm. 156.

²⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Comité intergubernamental de protección del patrimonio mundial cultural y natural, “Directrices prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial”, WHC.99/2, de marzo de 1999. Disponible en: <http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=167>.

²¹ De acuerdo a la UNESCO, “el Comité deberá ser alertado por individuos, organizacio-

la lista del patrimonio mundial en peligro con unas Directrices para la inscripción de bienes en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro²² y unos Criterios para la inscripción de un bien en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro con base en los cuales y de acuerdo con el párrafo 4 del artículo 11 de la Convención, el Comité podrá inscribir un bien en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro.²³

Entre estos sitios se han incluido aquéllos que resultan ser altamente vulnerables a los efectos del cambio climático, como son las grandes barreras coralinas, parques naturales de gran valor biológico e incluso glaciares.

La inclusión de estos sitios amenazados por los efectos del cambio climático se ha promovido mediante peticiones presentadas por asociaciones ecologistas al Comité con base en los siguientes fundamentos: el gran valor biológico del sitio, la alta vulnerabilidad ante los riesgos que presenta el cambio climático y/o la afectación real de los efectos del cambio climático sobre estos sitios, donde ya se evidencian los daños. La

nes no gubernamentales, u otros grupos sobre posibles daños a la propiedad. Si la amenaza es justificada, y el problema lo suficientemente serio, la propiedad deberá ser incluida en la lista de Patrimonios de la Humanidad en Peligro. Esta lista está diseñada para llamar la atención del mundo hacia las condiciones naturales o creadas por la humanidad que amenacen las características por las cuales la propiedad ha sido originalmente inscrita en la lista de Patrimonio de la Humanidad. Las propiedades en peligro de esta lista son sujetas a la atención especial y acciones de emergencia". Directrices prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, *cit. supra*.

²² El sitio debe cumplir las siguientes condiciones: *i*) el bien en cuestión figura ya en la Lista del Patrimonio Mundial; *ii*) el bien está amenazado por peligros graves y concretos; *iii*) se necesitan obras importantes para salvaguardar ese bien; *iv*) se ha presentado una solicitud de asistencia para ese bien con arreglo a lo estipulado en la Convención; el Comité estima que esa asistencia puede revestir en algunos casos la forma de un mensaje que exprese sus preocupaciones. La inscripción del bien en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro podrá constituir por sí sola ese mensaje, y cualquier miembro del Comité o la Secretaría podrá pedir esa forma de asistencia. Véase Directrices prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, *cit. supra*.

²³ Sobre esta cuestión consultar: Ciciriello, M. C., "Properties Which the World Heritage Committee Decided to Include in the List of World Heritage in Danger", en *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'Unesco del 1972*, Nápoles, Scientifica, 1997, pp. 527-528, y Thorson, E. J., "The World Heritage Convention and Climate Change: the Case for a Climate-change Mitigation Strategy Beyond the Kyoto Protocol", en *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Nueva York, NY [etc.], Cambridge University Press, pp. 255-271.

finalidad de estas peticiones es promover la inscripción en la Lista del Patrimonio de la Humanidad en Peligro como instrumento para identificar los sitios más expuestos y afectados por el cambio climático y coordinar la acción internacional para la investigación y la adaptación.

En caso de comprobar el peligro comprobado o la amenaza de peligro de un bien natural, la inclusión en la lista de patrimonio en peligro obliga al Comité del Patrimonio Mundial a desarrollar y adoptar, junto con el país concerniente, un programa de medidas correctoras y el consiguiente control del estado del sitio, encaminados a devolverlo a la lista ordinaria lo antes posible.²⁴

Los impactos climáticos identificados por el Comité de Patrimonio, que afectan y ponen en peligro el patrimonio natural son:²⁵ el deshielo de los glaciares, que afecta a 19 sitios; la elevación del nivel del mar, que afecta a 18 sitios; pérdida de biodiversidad, con 17 sitios afectados; migración de especies, con 12 sitios afectados; cambios en los episodios de lluvia y sequía, con 11 sitios afectados; mayor frecuencia de incendios forestales, que afectan a 9 sitios; degradación del coral, afectando a 6 sitios; erosión costera, con 4 sitios afectados; cambios en la temperatura marina y la salinidad, con un sitio afectado, y huracanes, tormentas y ciclones, con un sitio.²⁶

En efecto, la mayoría de los ecosistemas naturales y de los sitios del patrimonio mundial terrestres o marinos corren el riesgo de verse afectados por el cambio climático.²⁷ Entre ellos figuran glaciares, arrecifes de coral, manglares, bosques boreales y tropicales, ecosistemas polares

²⁴ Véase Directrices prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, *cit.* También Burns, W. C. G., “Belt and Suspenders?: the World Heritage Convention’s Role in Confronting Climate Change”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, afl. 2, 2009, pp. 148-163.

²⁵ Consultar el documento “The Impacts of Climate Chang on World Heritage Properties, Issues related to the state of conservation of properties inscribed on the World Heritage List”, WHC-06/30.COM/7.1, p. 32.

²⁶ Véase Decisions - 30COM 7.1 y 31COM 7.1- *Issues Related to the State of Conservation of World Heritage Properties: the Impacts of Climate Change on World Heritage Properties*, WHC-06/30. COM/7.1, WHC-07/31.COM/7.1, 23 de mayo de 2007. También la Decisión 32COM 7A.32 - *Impact of Climate Change on World Heritage Properties*.

²⁷ La Lista del Patrimonio Mundial en peligro de la UNESCO reúne a 38 lugares, de los que 17 son específicamente naturales. Consultar las estadísticas publicadas en la página oficial de la UNESCO en <http://whc.unesco.org/en/list/stat/#s7> (visitada el 1 de junio 2012).

y alpinos, humedales y praderas. Algunos de los sitios en peligro son: el conjunto de glaciares y montañas de Kluane/Wrangell-St Elias/Glacier Bay/Tatshenshini-Alsek (Estados Unidos de América y Canadá); Región de las Montañas Azules (Australia); el Parque Nacional de Sagarmatha (Nepal); el Parque Nacional Huascarán (Perú);²⁸ el Monte Kilimanjaro (Tanzania); el fiordo helado de Ilulissat (Dinamarca);²⁹ la Gran Barrera de Arrecife de Coral (Australia); la Reserva de la Barrera de Arrecifes (Belice),³⁰ y el Parque Internacional de la Paz “Glaciar de Waterton” (Estados Unidos de América y Canadá).³¹

Todas estas peticiones son acciones legales que permiten hacer un llamamiento a la toma de medidas de reparación en cada uno de los lugares patrimonio de la humanidad, así como una advertencia a los países en desarrollo para resaltar la necesidad de un mandato legal con el fin de reducir las emisiones de gases de invernadero y conservar los patrimonios de la humanidad para las futuras generaciones.³²

Finalmente, cabe apuntar que en 2009, Earthjustice y Australian Climate Justice Program presentaron una petición al Comité sobre “*The Role of Black Carbon in Endangering World Heritage Sites Threatened by Glacial Melt and Sea Level Rise*”.³³ En esta petición se solicitaba al Comité del Patrimonio Mundial que adoptara, en general, alguna acción protectora

²⁸ El 13 de julio de 2005, en respuesta a tres peticiones, el Comité decidió incluir en la Lista a la barrera coralina de Belice, el Parque Nacional de Huascarán y el Parque Nacional de Sagarmatha. Véase la petición realizada por *Climate Action Network Australia, Friends of the Earth Australia and Greenpeace Australia Pacific*. Véase UNESCO: *World Heritage Committee debate and decision (July 2005). Decisions adopted at the 29th session of the World Heritage Committee WHC-05/29.COM/22*, p. 37 (Durban, 2005).

²⁹ Véase Decision - 28COM 14B.8 - *Nominations of Natural Properties to the World Heritage List (Ilulissat Icefjord)*.

³⁰ Fue inscrito en la Lista de Patrimonio en peligro en 2009.

³¹ Un grupo de 12 asociaciones ecologistas pidieron el 16 de febrero de 2006 la inclusión de este patrimonio de la humanidad en la lista de sitios en peligro. Resulta de interés consultar el Informe disponible en: <http://whc.unesco.org/uploads/activities/documents/activity-473-3.PDF>.

³² Un programa con medidas correctivas debe adoptarse en el caso que el lugar sea incluido en la lista de lugares en peligro. Actualmente, 38 de los 788 Patrimonios de la Humanidad están en la lista en peligro: <http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=86> (visitado el 1 de junio 2012).

³³ Véase Petition to the World Heritage Committee: *The Role of Black Carbon in Endangering World Heritage Sites Threatened by Glacial Melt and Sea Level Rise*, January 29, 2009. Disponible en: <http://whc.unesco.org/uploads/activities/documents/activity-393-4.pdf> (consulta 29 diciembre 2011).

de los valores universales de los sitios patrimonio de la humanidad más importantes y más vulnerables al cambio climático, adelantando estrategias de reducción de las emisiones de los grandes contaminadores de carbono.

3. Comité de cumplimiento del Protocolo de Kyoto

El mecanismo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto para la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, del 11 de diciembre de 1997, está diseñado para fortalecer la integridad ambiental del Protocolo, el apoyo a la credibilidad del mercado de carbono y garantizar la transparencia de la contabilidad de las partes.³⁴ Su objetivo es facilitar, promover y exigir el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del protocolo. El régimen propuesto de cumplimiento del Protocolo de Kyoto contempla una vía asistencial y una coercitiva, con sus respectivas consecuencias en caso de confirmarse el incumplimiento.³⁵ En efecto, el Comité de Cumplimiento está compuesto de

³⁴ En el artículo 18 del Protocolo de Kyoto se pide a la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo (COP/RP) que apruebe, en su primera sesión, «procedimientos y mecanismos» para determinar y abordar los casos de incumplimiento del Protocolo. En la Cuarta Conferencia de las Partes (en adelante COP), celebrada en Buenos Aires, noviembre de 1998, las Partes establecieron un grupo de trabajo conjunto sobre el cumplimiento, cuya misión era formular un sistema de cumplimiento en el marco del Protocolo, a fin de adoptar una decisión sobre este tema en la COP 6 (La Haya, noviembre de 2000). El «Plan de Acción de Buenos Aires» adoptado en la COP pedía que se trabajara, entre otras cosas, en los preparativos para la COP/RP 1, en particular en lo que respecta a los elementos del Protocolo relacionados con el cumplimiento. No obstante, en la COP 6 de la Haya las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el conjunto de decisiones enmarcadas en el Plan de Acción de Buenos Aires. En el caso del cumplimiento, las cuestiones pendientes más importantes eran las relativas a las consecuencias del incumplimiento y los miembros integrantes del Comité Encargado del Cumplimiento. Lo mismo que en el caso de otros temas, los textos de negociación sobre el cumplimiento se remitieron a la consideración de la COP 6 cuando volviera a reunirse. Las detalladas reglas para la aplicación del Protocolo fueron adoptadas en la COP 7, celebrada en Marrakech en 2001, y recibieron el nombre de «Acuerdos de Marrakech».

³⁵ Si bien prevé en el artículo 18 que la Conferencia de las Partes debe elaborar una lista indicativa de las consecuencias del incumplimiento, teniendo en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento, esta lista, sin embargo, para poder ser vinculante, debería aprobarse mediante una enmienda al Protocolo. Documentos de la Séptima Conferencia de las Partes a la Convención sobre cambio climático, Doc. FCCC/COP/2001/L21,

dos ramas: un grupo de facilitación y un grupo de control. Como sus nombres indican, el grupo de facilitación tiene como objetivo proporcionar asesoramiento y asistencia a las partes con el fin de promover el cumplimiento, mientras que el grupo de control tiene la responsabilidad de determinar las consecuencias para las partes que no cumplan con sus compromisos.³⁶

Luego del examen del informe inicial de Canadá (FCCC/IRR/2007/CAN), que fue publicado el 11 de abril de 2008, la Secretaría llamó la atención a Canadá. Esta decisión deriva del informe previo emitido por el Comité de Cumplimiento, publicado el 11 de abril de 2008,³⁷ en el que se mencionan los resultados de un examen llevado a cabo en Ottawa, en noviembre de 2007, por un equipo de expertos internacionales de la Secretaría de Cambio Climático. El equipo revisó el informe inicial sobre la aplicación del Protocolo de Kyoto, en el que se describe, entre otras cosas, que Canadá no ha puesto en marcha un sistema nacional de registro para dar cuenta de sus gases de efecto invernadero (GEI).

Días más tarde, el 17 de abril de 2008, la Secretaría puso la cuestión de aplicación en conocimiento de los miembros y miembros suplentes del grupo de control del cumplimiento, y el 2 de mayo de 2008 el grupo de control de la aplicación decidió proceder con la cuestión de aplicación (CC-2008-1-2/Canada/EB). En esa misma fecha, el grupo de control del Comité de cumplimiento del Protocolo de Kyoto decidió proceder con una investigación a Canadá. Según lo indicado en el informe del examen, Canadá no había creado el registro nacional exigido en la sección II de

“Procedures and Mechanisms relating to Compliance under the Kyoto Protocol”, disponible en www.unfccc.de.

³⁶ Ambas ramas se componen de 10 miembros, entre ellos un representante de cada una de las cinco regiones de la ONU oficiales (África, Asia, América Latina y el Caribe, Europa Central y Oriental y Europa Occidental y otros), uno de los pequeños Estados insulares en desarrollo, y dos de cada uno del Anexo I y no-Partes del Anexo I. Asimismo, el Comité se reúne en un plenario, compuesto por miembros de ambas ramas, y una oficina, integrada por el presidente y el vicepresidente de cada rama, apoya su labor. Las decisiones de la plenaria y el grupo de facilitación pueden ser adoptadas por una mayoría de tres cuartas partes, mientras que las decisiones del grupo de control requiere, además, una doble mayoría de los Anexo I y no-Partes del Anexo I.

³⁷ *Report of the Review of the Initial Report of Canada, CC-2008-1-1/Canada/EB, de 17 April 2008.* Disponible en: http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/application/pdf/cc-2008-1-1_canada_eb_report_of_the_review_of_ir_of_canada.pdf.

las modalidades cuando se realizó la visita al país, ni había establecido un sistema de registro que hubiera inicializado sus comunicaciones con el diario internacional de las transacciones en la fecha de publicación del informe del examen. Canadá tampoco había facilitado información suficiente sobre su registro nacional, como exige el párrafo 32 de las directrices. A causa de ello, no se remitió ningún informe de evaluación independiente al equipo de expertos, como se pide en la decisión 16/CP.10, sobre los resultados de la evaluación técnica del registro nacional, con los resultados de los procedimientos normalizados de prueba.

El 21 de mayo de 2008, el grupo de control del cumplimiento acordó invitar a cuatro expertos en registros nacionales, seleccionados a partir de la lista de expertos de la Convención Marco, para que lo asesoraran (CC-2008-1-3/Canada/EB). Dos de estos expertos pertenecían al equipo de expertos que había examinado el informe inicial de Canadá. El grupo de control del cumplimiento recibió de Canadá una solicitud de audiencia (CC-2008-1-4/Canada/EB), en la que también se indicaba la intención del Canadá de presentar una comunicación escrita en virtud del párrafo 1, b, de la sección X. El 5 de junio de 2008, el grupo de control del cumplimiento recibió una comunicación escrita de Canadá (CC-2008-1-5/Canada/EB).

En su comunicación escrita y durante la audiencia, Canadá reconoció que la creación del registro nacional se había demorado, y atribuyó este hecho a que los trámites para la adquisición interna no se habían iniciado hasta el 5 de julio de 2007, tras el anuncio del plan de Canadá para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y la contaminación atmosférica.

En su comunicación escrita, Canadá describió, según exige el párrafo 32 del anexo de la decisión 15/CMP.1, la manera en que su registro nacional desempeñaba las funciones definidas en el anexo de la decisión 13/CMP.1 y el anexo de la decisión 5/CMP.1 y cumplía los requisitos de las normas para el intercambio de datos. Canadá complementó esta información durante la audiencia, en la que confirmó que había establecido un registro nacional, y señaló que éste cumplía los requisitos correspondientes del artículo 7o. del Protocolo de Kyoto. Canadá indicó que esperaba que el registro comenzara a operar en directo para finales de 2008 o principios de 2009.

Tras la audiencia, el grupo de control del cumplimiento decidió no seguir adelante con la cuestión de aplicación relativa a los requisitos del registro nacional. En la audiencia, Canadá tuvo la oportunidad de presentar sus opiniones y el grupo de control del cumplimiento acudió, incluso, al consejo de expertos independientes. El 16 de junio de 2008, se notificó a Canadá la decisión adoptada de forma oficial.³⁸

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En 2005, la Conferencia Circumpolar Inuit,³⁹ en representación del pueblo Inuit de las regiones árticas, presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Estados Unidos⁴⁰ sobre la base de que el cambio climático amenaza su ancestral estilo de vida.⁴¹

En esta petición se solicita que la Comisión dictamine que las emisiones de carbono de Estados Unidos, principal emisor de gases inver-

³⁸ Grupo de control del cumplimiento del Comité de Cumplimiento, Decisión de no proceder, CC-2008-1-6/Canada/EB, 15 de junio de 2008. Disponible en: http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/application/pdf/cc-2008-1-6_canada_eb_decision_not_to_proceed_further_spanish_for_website.pdf.

³⁹ La Carta de la Conferencia Circumpolar Inuit define “Inuit” como un grupo de gente indígena que habita las costas árticas de Siberia, Alaska, los territorios del noroeste, Nunavut, Québec, Labrador y Groenlandia. La Conferencia Circumpolar Inuit, representa a unas 155 000 personas de esa etnia en las regiones árticas de Canadá, Rusia, Groenlandia y Estados Unidos. Nota Fundacional del Consejo Inuit del Círculo Polar, en su pagina oficial: http://inuitcircumpolar.com/index.php?auto_slide=&ID=374&Lang=En&Parent_ID=¤t_slide_num.

⁴⁰ Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from Violations resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of The United States. La Petición fue codificada con el núm. P-1413-05. Consultar también Earth Justice, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States*, 7 de diciembre de 2005. www.earthjustice.org/library/reports/ICC_Human_Rights_Petition.pdf. También Watt-Cloutier, S., “Global Warming and Human Rights”, www.ciel.org/Climate/IACHR_Inuit_5Mar07.html y Zimmerman, E. M., “Valuing Traditional Ecological Knowledge: Incorporating the Experience of Indigenous People into Global Climate Change Policies”, *New York University Environmental Law Journal*, 13, 2005, p. 812.

⁴¹ Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para buscar remedio a las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por actos y omisiones de Estados Unidos, 2005. Disponible en: <http://inuitcircumpolar.com/index.php?ID=316&Lang=En>.

nadero con el 29% del total de emisiones, han contribuido tanto al calentamiento global que su actuación debería ser considerada como una violación de los derechos humanos, por no adoptar medidas eficaces para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y por no proteger los derechos humanos de los Inuit de los impactos originados por el cambio climático.

De acuerdo con la petición original, muchos de los peligros que enfrentan actualmente los Inuit —el deshielo, problemas de acceso a los recursos vitales, la pérdida de viviendas, infraestructura y otros— son el resultado directo de las violaciones de los derechos humanos cometidos por las acciones y omisiones de los Estados Unidos y sus efectos han infringido el derecho internacional y los derechos humanos de los Inuit: el derecho a mantener la integridad cultural, el derecho a un medio ambiente limpio, el derecho al uso y disfrute de la propiedad sin interferencias indebidas, y los derechos a la vida, la preservación de la salud, la integridad física y la seguridad, entre otros derechos reconocidos por la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴² y, por este motivo, instaba a la Comisión que se adoptaran paliativos en contra de estas violaciones sufridas por el pueblo de los Inuit, como resultado del calentamiento global causado por las emisiones de gases de efecto invernadero de Estados Unidos, así como recomendar a los Estados Unidos la adopción de límites obligatorios a sus emisiones de gases de efecto invernadero y cooperar con la comunidad internacional para evitar interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático, de acuerdo con el artículo 2o. de la CMNUCC.⁴³

⁴² Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, at 71, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. Mtg., U.N. Doc A/810 (Dec. 12, 1948) y American Convention on Human Rights, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, *entered into force*, 8 de julio de 1978, *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992).

⁴³ Véase Wagner, Martin y Goldberg, Donald M., *An Inuit Petition to the Inter-American Commission on Human Rights for Dangerous Impacts of Climate Change*, The Center for International Environmental Law [El Centro Para La Ley Ambiental], (2005), disponible en http://www.ciel.org/Publications/COP10_Handout_EJCIEL.pdf (proponiendo la presentación de una petición de parte de los Inuit y contra EE. UU. en frente de la Comisión de Derechos Humanos para protestar las emisiones de “greenhouse gases”).

En su petición, se referían a diferentes normas del derecho internacional que son de aplicación en este caso, especialmente en relación con la protección de los derechos humanos. Más directamente, Estados Unidos está obligado por su condición de miembro de la Organización de los Estados Americanos y por su aceptación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a proteger los derechos de los Inuit. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos que reafirman estas obligaciones de los Estados Unidos son, por ejemplo, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De acuerdo con la petición, Estados Unidos también tiene obligaciones de derecho internacional del medio ambiente como, por ejemplo, la obligación de garantizar que las actividades llevadas a cabo dentro de su territorio no causen daño transfronterizo o violen otros tratados internacionales en los que es parte. Además, como parte en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Estados Unidos se ha comprometido con el desarrollo y aplicación de políticas encaminadas a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a los niveles de 1990.

En la petición también se solicitaba a la Comisión que declarase que Estados Unidos tiene la obligación de trabajar con el pueblo de los Inuit con el fin de desarrollar un plan de adaptación a los impactos inevitables del cambio climático y para tener en consideración el impacto de sus emisiones en el Ártico y en los Inuit antes de la aprobación de todas las acciones gubernamentales.

No obstante estos argumentos, la petición de los Inuit fue rechazada por la CIDH en noviembre de 2006, por no aportar suficientes pruebas del daño ocasionado.⁴⁴ Dos meses después, el 10. de febrero, la Comisión

⁴⁴ Dicha petición fue declarada improcedente en noviembre del 2006 porque no se podía determinar si los hechos alegados como violaciones realmente caracterizaban una violación de los Derechos protegidos por la Declaración Americana de Derechos Humanos: “Habiendo finalizado el estudio establecido en el artículo 26 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión, deseo informarle que la Comisión, en plenaria, ha determinado que no será posible procesar su petición en la actualidad porque la información que contiene no cumple con los requisitos establecidos en las normas y otros instrumentos aplicables. En concreto, la información proporcionada no nos permite determinar si los hechos alegados tienden a caracterizar una violación de los derechos protegidos por la Declaración Americana”. Véase Carta enviada a Sheila Watt-Cloutier como representante del peticionario, el Pueblo Indígena Inuit. Petition No. P-1413-05, *cit. supra*. Consultar el documento: <http://graphics8.nytimes.com>.

decide reabrir el caso dando la oportunidad de oír en audiencia a los representantes de los Inuit el 1o. de marzo de 2007,⁴⁵ en lugar de conceder un proceso completo. En este punto, se debe considerar, sin embargo, que la CIDH carece de autoridad legal para obligar a Estados Unidos a tomar medidas, puesto que la CIDH no es un tribunal ante el que se puedan presentar demandas propiamente dichas y se limitará a formular recomendaciones. En esta audiencia, se determinó que las emisiones de carbono de Estados Unidos han contribuido tanto al calentamiento global deben considerarse una violación de los derechos humanos y se recomendó que se adoptaran medidas para poner fin al abuso. El caso de los Inuit constituye un precedente, al menos para provocar una reacción frente a las necesidades de reducción de emisiones y de reforzar las soluciones de adaptación de poblaciones, como la de los Inuit, cuya supervivencia se halla condicionada a los efectos del cambio climático.

A pesar de la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que rechazó la petición por falta de pruebas, el caso de los Inuit consiguió llamar la atención internacional, por ser la primera demanda que vincula el cambio climático con los derechos de los indígenas.

5. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): directrices para las empresas multinacionales

Las directrices de la OCDE para empresas multinacionales⁴⁶ son recomendaciones que los 34 países de la OCDE, así como Argentina, Bra-

com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf y Gordon, J., “Inter-American Commission On Human Rights To Hold Hearing After Rejecting Inuit Climate Change Petition”, *Sustainable Development Law & Policy*, núm. VII-2, enero de 2007.

⁴⁵ Press Release, Earthjustice, *Global Warming & Human Rights Gets Hearing on the World Stage* *Earthjustice Managing Attorney Martin Wagner gives testimony before the Inter-American Commission on Human Rights* (1 de marzo de 2007), en <http://www.earthjustice.org/news/press/007/global-warming-human-rights-gets-hearing-on-the-world-stage.html>. También Ford, J. D., “Dangerous Climate Change and the Importance of Adaptation for the Arctic’s Inuit Population”, *Environ. Res. Lett.* 4 (abril-junio de 2009); Morello, L., *Climate: OAS grants hearing on Inuit warming complaint*, E&ENews PM, 6 de febrero de 2007, en www.eenews.net/pm; Revkin, A. C., “Inuit Climate Change Petition Rejected”, *N.Y. Times*, 16 de diciembre de 2006, disponible en: <http://www.nytimes.com/2006/12/16/world/americas/16briefs-inuitcomplaint.html>.

⁴⁶ El nuevo texto de las Directrices se aprobó en la reunión del Consejo de la OCDE a

sil, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú y Rumania dirigen a las empresas multinacionales con el fin de promover un comportamiento responsable de las mismas, fortalecer las bases de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en que operan, ayudar a mejorar el clima para la inversión extranjera y contribuir a incrementar las aportaciones positivas de las multinacionales en los campos económico, social y medioambiental.

Aunque no son obligatorias, las empresas que voluntariamente adopten las líneas directrices deberán aplicarlas en todos los países en los que operen. La puesta en práctica de las líneas directrices se articula a través del punto nacional de contacto (PNC) de cada país.

El 7 de mayo de 2007, la organización no gubernamental alemana *Germanwatch* acusó a Volkswagen (VW) de violar las directrices en 15 casos concretos, principalmente debido a su gama de productos perjudiciales para el clima y su estrategia de negocios. Los casos fueron agrupados en las siguientes categorías. En primer lugar, dado el problema del cambio climático y los dos grados límite para el aumento de la temperatura mundial, una empresa como VW debe formular y evaluar periódicamente objetivos detallados de protección climática para cada producto en particular, así como para toda la gama de productos en general. No obstante, hasta ahora, VW no lo ha hecho. En segundo lugar, VW no tiene suficientemente en cuenta los peligros para el clima que emergen de sus productos. Con el fin de tomarlos en cuenta correctamente, la empresa tendría que pronosticar y evaluar las emisiones reales de sus productos durante su ciclo de vida completo y tratar estas cuestiones en el proceso de gestión y toma de decisiones. En tercer lugar, VW ha logrado menos avances en el cumplimiento del auto-compromiso (acuerdo de la Asociación Europea de Fabricantes de Autos) que la empresa firmó con la Comisión Europea en 1998. Dada la estrategia actual de la empresa y su gama de productos vigente, es poco probable que VW pueda alcanzar

nivel ministerial del 25 mayo de 2011, C/MIN (2011)11. Este nuevo texto, consta de un preámbulo y once capítulos (conceptos y principios, principios generales, publicación de informaciones, derechos humanos (nuevo capítulo), empleo y relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, protección de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia, y fiscalidad) que indican las conductas a seguir por las empresas multinacionales en estos diversos campos. Texto disponible en: http://www.oecd.org/document/28/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html (consultada el 30 de diciembre de 2011).

el auto-compromiso en 2008. En cuarto lugar, VW anuncia de forma excesiva los vehículos con elevado consumo de combustible, pero no informa con transparencia a los consumidores sobre el impacto climático de esos automóviles. En quinto lugar, VW ha estado envuelta directa e indirectamente (a través de su afiliación en asociaciones industriales) en la distribución de información falsa sobre el cambio climático o medidas planeadas. Y, por último, VW ha cabildeado, directa e indirectamente, contra distintos marcos normativos sobre el clima, incluyendo la legislación para limitar el uso de nuevos coches de pasajeros.

El PNC alemán notificó a los reclamantes la recepción de la reclamación y la remitió a Volkswagen. Sin embargo, el 20 de noviembre de 2007, el PNC rechazó el caso, alegando que las supuestas violaciones están fuera del ámbito de aplicación de las directrices.⁴⁷

No obstante el resultado negativo obtenido, esta reclamación de *Germanwatch* es la primera que pone de relieve la importancia del tema del cambio climático en las directrices de la OCDE. Asimismo, *Germanwatch* no estaba de acuerdo con la decisión del PNC de no investigar el caso y consideró otras medidas, incluyendo opciones legales.

III. LA JURISDICCIÓN ESTATAL: ESPECIAL REFERENCIA A ESTADOS UNIDOS

Aunque no son aún muy numerosos los casos planteados en las jurisdicciones estatales en materia de cambio climático, empiezan a proliferar las demandas civiles con base en la reclamación extracontractual de daños ocasionados por los efectos derivados de la producción del calentamiento global. Al respecto, en Reino Unido⁴⁸ o en Australia,⁴⁹ esta clase

⁴⁷ *Germanwatch e.V.'s complaint against Volkswagen AG on suspicion of violation of the OECD*. Disponible en: http://oecdwatch.org/cases-es/Case_119/view?set_language=es.

⁴⁸ Las organizaciones civiles “*Platform, People & Planet*” y “*World Development Movement*” interpusieron una demanda contra los Comisarios del Tesoro (*HM Treasury*), el 29 de junio de 2009, por haber invertido billones de libras de dinero público para ser vertido en el Banco Real de Escocia con el fin de realizar inversiones en empresas energéticas y varios proyectos altamente impactantes para el cambio climático y los derechos humanos. Véase *Platform, People & Planet, the World Development Movement and Commissioners of HM Treasury*, CO/5323/2009.

⁴⁹ Por ejemplo, Federal Court of Australia, *Wildlife Preservation Society of Queensland Pro-*

de litigios climáticos va en aumento, pero el caso más paradigmático es el de Estados Unidos, en el cual centraremos el presente análisis.

1. *El Poder Judicial en los Estados Unidos: la responsabilidad civil y las emisiones de GEI como malestar público*

El aumento de litigaciones por daños a causa del cambio climático en Estados Unidos ha contribuido a que el Poder Judicial lidere la acción climática en ese país. Tal es la importancia actual de la judicatura estadounidense en la lucha contra el calentamiento global, que su más alta instancia judicial estadounidense, la Corte Suprema, en sus recientes fallos ha considerado demandas de responsabilidad civil por daños a causa del calentamiento global amparándose en el *Federal Common Law of Public Nuisance* (derecho común federal de los malestares públicos).⁵⁰ En este sentido, el Poder Judicial, a falta de normativa que regule las emisiones de gases de efecto invernadero está asumiendo las responsabilidades: por una parte, las responsabilidades derivadas de uno de los países que más emite gases y que más contribuye a agravar el problema del cambio climático,⁵¹ y por otra, responsabilidades derivadas por la inactividad del Congreso, ante su proyecto de ley: *Global Warming Pollution Reduction Act*,⁵² que se encuentra, en la actualidad, paralizada, y de la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental, que no ha concretado limitación

serpine/Whitsunday Branch Inc v Minister for the Environment & Heritage & Ors [2006] FCA 736. Disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2006/736.html (consultado el 2 de enero 2012).

⁵⁰ Sobre esta teoría, consultar a Bleiweiss, S. J., “Environmental Regulation and the Federal Common Law of Nuisance: A Proposed Standard of Preemption”, *7 Harv. Envtl. L. Rev.* 1983, pp. 41 y ss., y también a Harper, B. P., “Climate Change Litigation: The Federal Common Law of Interstate Nuisance and Federalism Concerns”, *40 Ga. L. Rev.*, 2005-2006, pp. 661 y ss.; Meiners, R. y Yandle, B., “Common Law and the Conceit of Modern Environmental Policy”, *7 Geo. Mason L. Rev.*, 1998-1999, pp. 923 y ss.

⁵¹ Actualmente y a partir de las mediciones del Departamento de Estadísticas de las Naciones Unidas, Estados Unidos emite 5 752 289 toneladas anuales de CO₂. Por su parte, China ocupa el primer lugar, con un rango de emisión de 6 103 493 toneladas anuales.

⁵² El proyecto de ley, propuesto a inicios de 2007, tiene por finalidad modificar la regulación del *Clean Air Act*, a fin de establecer una reducción de gases con efecto invernadero del orden del 15% para 2020 (según los niveles existentes en 1990).

y/o reducción de gases con efecto invernadero alguna, a pesar que la Corte Suprema haya ratificado su autoridad y competencia en la materia.⁵³

En efecto, frente a la pasividad del Ejecutivo y del Congreso y los correlativos y aparentes vacíos legales, la litigación por el daño ambiental ha proliferado. El Poder Judicial, en concreto, las Cortes de Apelaciones del segundo y quinto distrito —a partir del caso *Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.*—⁵⁴ se han declarado competentes para conocer las demandas de responsabilidad civil por daños a causa del calentamiento global, sin normativa *ad hoc*, amparándose en el *Federal Common Law* de los malestares públicos. Por todo ello, es importante el estudio de esta reciente y trascendente jurisprudencia, puesto que las sentencias de las Cortes, incluso rechazando la no judicabilidad de la controversia, importan soluciones inéditas en el derecho ambiental de Estados Unidos.

Los aspectos más importantes que caracterizan toda esta doctrina jurisprudencial en el ámbito climático se han fundamentado en: la legitimación activa, los desplazamientos normativos y la tesis de la no judicabilidad del conflicto, que han permitido estimular la actividad normativa, a partir de las interpretaciones jurisprudenciales.

A partir de lo anterior, el *statu quo* de Estados Unidos parece estar siendo alterado por la jurisprudencia. Los casos sobre litigios climáticos, que hasta el momento han mantenido la atención del Poder Judicial estadounidense y con una gran expectación pública han sido: el *Massachusetts, et al. versus Environmental Protection Agency et al.*; *Ned Comer et al. versus Murphy Oil USA et al.*; *Connecticut et al. versus American Electric Power*

⁵³ La propuesta de la Agencia se ha limitado a señalar: “EPA is currently developing proposed emissions standards related to today’s proposal. EPA expects that these proposed standards will be ready to propose for public comment several months from now”. Environmental Protection Agency, 2009. Proposed Endangerment and Cause or Contribute Findings for Greenhouse Gases Under Section 202(a) of the Clean Air Act (publicado en el Federal Register/Vol. 74, No. 78). Washington, DC: U.S. Government, pag. 18.890.

⁵⁴ Pawa, Matthew F. y Krass, Benjamin A., “Global Warming as a Public Nuisance: Connecticut v. American Electric Power”, 16 *Fordham Envtl. L. Rev.* 407 (2004-2005), pp. 407 y ss. También a Engel, K. H., “Harmonizing Regulatory and Litigation Approaches to Climate Change Mitigation: Incorporating Tradable Emission Offsets into Common Law Remedies”, 155 *University of Pennsylvania Law Review*, 2006-2007, pp. 1563 y ss.

Company et al., y *Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al.*, y que van a ser objeto de análisis a continuación, por ser, en primer lugar, las únicas acciones desde Estados Unidos realizadas para responsabilizar a sus empresas por los daños ocasionados por sus emisiones de gases de efecto invernadero, principales responsables del cambio climático. Y, en segundo lugar, por ser demandas interpuestas desde diferentes sectores de la sociedad civil para reclamar la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados y sufridos por las víctimas del cambio climático.⁵⁵

La intervención de la judicatura de Estados Unidos, que hasta ahora se ocultaba, ha hecho que este poder desempeñe un rol protagónico en la lucha contra el cambio climático, cuestionando la clásica y tajante división de poderes.

*A. Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency et al.*⁵⁶

El 20 de octubre de 1999, un grupo de organizaciones privadas, estados y administraciones locales de Estados Unidos⁵⁷ solicitaron a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos la regulación de las emisiones de gases con efecto invernadero, incluyendo el dióxido de carbono de los nuevos vehículos motorizados, de acuerdo con el párrafo 202 de la Ley del Aire Limpio (Clean Air Act),⁵⁸ que exige a la EPA el

⁵⁵ Sobre esta cuestión consultar: Global Warming Panel, Part II, “The Role of State Attorneys General in National Environmental Policy”, 30 *COLUM. J. ENVT. L.* 351, 352 (2005).

⁵⁶ *Massachusetts, et al., Petitioners v. Environmental Protection Agency, et al.* 549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438.

⁵⁷ Las organizaciones fueron: *Centro Internacional de Evaluación de Tecnologías, Alliance for Sustainable Communities, Applied Power Technologies, Inc., Bio Fuels America, The California Solar Energy Industries Assn., Clements Environmental Corp., Environmental Advocates, Environmental and Energy Study Institute, Friends of the Earth, Full Circle Energy Project, Inc., The Green Party of Rhode Island, Greenpeace USA, International Center for Technology Assessment, Network for Environmental and Economic Responsibility of the United Church of Christ, New Jersey Environmental Watch, New Mexico Solar Energy Assn., Oregon Environmental Council, Public Citizen, Solar Energy Industries Assn., y The SUN DAY Campaign.*

⁵⁸ La Ley de 1970, enmendada en 1977 y 1990, fue incorporada en el United States Code en su Título 42, Capítulo 85. El texto de la Ley está disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2008-title42/pdf/USCODE-2008-title42-chap85.pdf> (consultada el 2 de enero de 2012).

establecimiento de estándares “aplicables a la emisión de cualquier contaminante del aire de cualquier clase... de vehículos de motor nuevos... que a juicio de la Agencia causen, o contribuyan a causar, contaminación del aire... razonablemente... considerada perjudicial para la salud o el bienestar público”.⁵⁹

El 8 de agosto de 2003, la Agencia negó la petición de establecer regulaciones, argumentando, entre otras razones, que la Ley del Aire Limpio no faculta a la EPA para regular sobre el cambio climático y, además, que aunque pudiera tener la autoridad de hacerlo, hubiera sido irrazonable hacerlo por la falta de un vínculo inequívoco entre las emisiones de gases de efecto invernadero y el calentamiento global.

En general, la EPA sostuvo que tales gases no cabían dentro de la definición de contaminante del aire⁶⁰ que contemplaba la ley. Finalmente, afirmó que la normativa había sido pensada, aún en su última enmienda de 1990, como un instrumento destinado a la lucha contra la contaminación local, mas no como herramienta para regular concentraciones que atraviesan la atmósfera mundial.

A los diecinueve peticionarios iniciales, se sumaron, posteriormente, varios estados —entre ellos, Massachusetts— y diversos distritos locales, quienes solicitaron la revisión de la decisión de la EPA ante la Corte de Apelaciones de Columbia. Uno de los mayores problemas de los peticionarios fue sortear con éxito el requerimiento del *standing to sue*. Según éste, los actores, para encontrarse legitimados activamente, deben demostrar un perjuicio concreto y particularizado, de manera actual o

⁵⁹ La Ley del Aire Limpio establece: “The Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare”, (*Clean Air Act*, Título II, Parte A, Sec. 202, núm. 1).

⁶⁰ La Ley del Aire Limpio define al contaminante atmosférico como “any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical, biological, radioactive... substance or matter which is emitted into or otherwise enters the ambient air” (*Clean Air Act*, Título III, Sec. 302, letra g). Por otra parte, el bienestar comprende “effects on soils, water, crops, vegetation, man-made materials, animals, wildlife, weather, visibility, and climate, damage to and deterioration of property, and hazards to transportation, as well as effects on economic values and on personal comfort and wellbeing, whether caused by transformation, conversion, or combination with other air pollutants” (*Clean Air Act*, Título III, Sec. 302, letra h).

inminente.⁶¹ A pesar del voto disidente del juez Tatel —quien afirmó que Massachusetts había satisfecho cada uno de los requisitos del *standing*, dada la probabilidad sustancial que el aumento en el nivel del mar causare daños millonarios en su zona costera—, dos de los tres jueces decidieron fallar el fondo del asunto, sin pronunciamientos definitivos acerca del derecho a demandar. El resultado no fue esperanzador: el tribunal sostuvo que la EPA había ejercido sus facultades legales al negarse a regular los gases con efecto invernadero bajo la Ley del Aire Limpio. Por consiguiente, la Corte denegó la petición de revisión.

A diferencia de la Corte de Apelaciones de Columbia, la Corte Suprema sí decidió acerca del *standing to sue* de la parte actora. Citando el caso *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006) —y basándose en la jurisprudencia de *Georgia v. Tennessee Copper Co.* (1907)— el Tribunal Supremo consideró, con buen criterio, que bastaba con que uno de los peticionarios tuviera derecho a la revisión judicial. Al respecto, la Corte sostuvo que el derecho recaía en el estado de Massachusetts: el Congreso había ordenado a la Agencia la protección del Estado mediante el establecimiento de estándares para contaminantes que causaran o contribuyan al daño de la salud o del bienestar. La Corte Suprema de los Estados Unidos (por 5 votos contra 4) estimó el recurso interpuesto contra la decisión previa del D. C. Circuit, favorable a la EPA, considerando que la ley le autorizaba a emitir las regulaciones instadas y que sus otros argumentos para no hacerlo fueron “arbitrarios, caprichosos y no ajustados a la Ley”.⁶²

Sobre el fondo, la Corte señaló, como primer punto, que la EPA estaba autorizada para regular la emisión de gases con efecto invernadero de los vehículos a motor, pues ellos sí encajaban dentro de la definición de contaminante del aire que consagraba la ley. Siguiendo este razonamiento, el tribunal consideró que, bajo los claros términos de la Ley del

⁶¹ La situación era compleja, como señaló el juez Sentelle: sostener que el calentamiento global causaba un daño para la humanidad parecía no encasillar dentro del requerimiento de *injurias particulares* al que alude el artículo 3 de la Constitución de Estados Unidos (citando el caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* de 1992).

⁶² *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S., 127 S.Ct. 1438 (2007). La sentencia completa del Tribunal Supremo, y los votos particulares, pueden consultarse aquí: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1120.ZS.html>.

Aire Limpio, la EPA podía evitar tomar acciones sólo si determinaba que los gases con efecto invernadero no contribuían al cambio climático o si proveía alguna explicación razonable para no ejercer su autoridad. Así, la Corte se opuso a la posición de no regular tales gases mientras no existiera certeza científica de la relación entre estos y el calentamiento global: si la incertidumbre era suficiente para impedir una decisión fundada, la EPA debía decirlo. El tribunal, por tanto, ordenó que la Agencia determinara si las emisiones de gases con efecto invernadero de los nuevos vehículos a motor causaban o contribuían a la contaminación del aire, de manera que razonablemente pudiera anticiparse un daño a la salud o al bienestar, o si el estado de la ciencia era muy incierto para elaborar una decisión motivada.

La competencia exclusiva que la Ley del Aire Limpio le otorgaba a la Agencia de Protección Ambiental impedía que la Corte Suprema pudiera incorporar los contaminantes referidos en la misma. Así, el tribunal supremo sólo pudo ordenar que la Agencia emitiera un pronunciamiento claro sobre el particular. El problema, sin embargo, fue que en tal decisión, la Corte no estableció plazos prudenciales que vincularan al organismo de protección ambiental. Por ello tuvieron que transcurrir más de dos años para que la EPA, este 17 de abril, finalmente declarara dos “hallazgos peligrosos”: primero, que las concentraciones de seis gases⁶³ con efecto invernadero son un peligro para la salud pública y el bienestar, en los términos de la Ley del Aire Limpio, y segundo, que en los vehículos motorizados, la emisión combinada de cuatro⁶⁴ de ellos contribuye a la concentración de gases contaminantes y, por tanto, a la amenaza del cambio climático.

No cabe duda que el presente caso tuvo mucha relevancia por el hecho de haber rechazado la legalidad de una línea de defensa equivocada de la administración federal en una cuestión medioambiental de suma importancia. A raíz de este pronunciamiento, ya existen iniciativas legislativas federales para abordar la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero.

⁶³ En concreto eran: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoruro de azufre.

⁶⁴ Todos, salvo el perfluorocarbono y hexafluoruro de azufre. La razón se reduce, simplemente, a que no constituyen contaminación emanada de vehículos motorizados.

B. *Ned Comer, et al. versus Murphy Oil USA, et al.*

Otro caso bastante relevante es el interpuesto por un grupo de víctimas del Huracán Katrina,⁶⁵ que decidieron, semanas después de la tormenta (agosto de 2005), demandar colectivamente (20 de septiembre de 2005) a las principales compañías emisoras de gases de efecto invernadero,⁶⁶ por su responsabilidad en la producción del ciclón tropical y reclamar la indemnización por daños y perjuicios de estas compañías multinacionales. Los demandantes alegan que el uso por los acusados de energía derivada de combustibles fósiles y de productos químicos en Estados Unidos provocó la emisión de gases de efecto invernadero que contribuyeron al calentamiento global. Además, los demandantes alegaban que las empresas tienen la obligación de evitar poner en peligro injustificadamente el medio ambiente, salud pública, la propiedad pública y privada.

Este caso ha sido comparado con la demanda judicial contra las tabacaleras, el caso *Howard Engle*, pero en el ámbito del cambio climático.⁶⁷

Este proceso superó varios obstáculos jurídicos fundamentales, después de haber sido rechazado por el Tribunal de Distrito, el 30 de agosto de 2007, por entender que era un debate que simplemente no tiene

⁶⁵ En concreto eran: Ned Comer, Brenda Comer, Eric Haygood, Brenda Haygood, Larry Hunter, Sandra L. Hunter, Mitchell Kisielweski, Johanna Kisielweski, Elliott Roumain, Rosemary Roumain, Judy Olson y David Lain.

⁶⁶ La demanda, interpuesta el 20 de septiembre de 2005, reclama la indemnización por daños y perjuicios de las compañías multinacionales, en concreto de las siguientes: Murphy Oil USA; Universal Oil Products (UOP); Honeywell International Inc.; Shell Oil Company; Exxon Mobil Corporation; AES Corp.; Alliance Resource Partners LP; Alpha Natural Resources Inc.; Arch Coal Inc.; Foundation Coal Holdings Inc.; Massey Energy Co.; Natural Resource Partners LP; Peabody Energy Corp.; Westmoreland Coal Co.; International Coal Group Inc.; Consol Energy Inc.; BP America Production Company; BP Products North America Inc.; Cinerergy Corp.; Duke Energy Corp.; Reliant Energy Inc.; Allegheny Energy Inc.; ConocoPhillips Company; EON AG; The Dow Chemical Company; E.I. DuPont De Nemours & Co.; Entergy Corp.; FirstEnergy Corp.; FPL Group Inc.; Tennessee Valley Authority; Xcel Energy Inc.; Chevron USA Inc.; The American Petroleum Institute.

⁶⁷ El caso, conocido como *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, resultó ser el mayor veredicto en un juicio en la historia de Estados Unidos, con 145.000 millones de dólares. Véase Final Judgment and Amended Omnibus Order, *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, núm. 94-08273 (Fla. 11th Cir. Ct. Nov. 6, 2000), <http://news.findlaw.com/cnn/docs/tobacco/englerfinaljudorder.pdf>.

lugar en la Corte, puesto que respondía a consideraciones políticas. Este argumento forma parte de una antigua doctrina —conocida tradicionalmente bajo el término: *political questions*— que fue formulada por la Corte Suprema de Estados Unidos, identificando seis factores que podían considerarse de carácter político y que permitían rechazar un caso.⁶⁸ Respecto a este caso, el fallo del tribunal fue motivado principalmente por el tercer factor:⁶⁹ la imposibilidad de equilibrar la tensión dialéctica de los intereses en juego, esto es, la protección ambiental y el desarrollo económico, sin una política inicial de gobierno. Con base en esta doctrina, el tribunal sostuvo que el Congreso, primero, deberá promulgar una legislación “que establezca las normas apropiadas por las que este tribunal pueda medir la conducta”.⁷⁰

A pesar de este primer pronunciamiento, los demandantes obtuvieron un éxito inesperado en segunda instancia: el juez consideró que habría suficiente relación entre la actuación de las empresas y los daños sufridos por las víctimas. En efecto, en la Corte de Apelación del Quinto Circuito de Mississippi,⁷¹ tres jueces decidieron en octubre de 2009, que el caso podría ser tenido en consideración.

⁶⁸ Los factores han sido señalados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Drawing on Baker versus Carr*. En concreto, se señalan los siguientes: [1] “a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; [4] the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; [5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”. Supreme Court of the United States, 1962, 369 U.S. 186.

⁶⁹ El factor ha sido estudiado por la Corte bajo el epígrafe: *Is It Impossible to Decide this Case Without an Initial Policy Determination of a Kind Clearly for Nonjudicial Discretion? Second District Court of Appeal*, 2009, 05-5104-cv y 05-5119-cv, p. 31.

⁷⁰ Original Docketed Case: *Comer v. Nationwide Mut. Ins.*, 2006WL 1066645 (S.D.Miss. Feb. 23, 2006) (NO. 1:05-CV-436 LTSRHW); *Comer v. Murphy Oil USA, Inc.*, 2007 WL 6942285 (S.D.Miss. Aug. 30, 2007) (NO. 1:05-CV-436 LG-RHW) *Reversed by Comer v. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855, 69 ERC 1513 (5th Cir. (Miss.) Oct. 16, 2009) (NO. 07-60756); *Rehearing en Banc Granted by Comer v. Murphy Oil USA*, 598 F.3d 208 (5th Cir. (Miss.) Feb. 26, 2010) (NO. 07-60756).

⁷¹ *NED COMER, ET AL., Plaintiffs-Appellants v. MURPHY OIL USA, ET AL., Defendants- Appellees* No. 07-60756. *Appeal from the United States District Court for the Southern District of Mississippi.*

Una de las cuestiones más significativas del caso es que la Corte de Apelación entiende que de acuerdo con el artículo III de la Constitución Política de Estados Unidos, regla jurídica que consagra el requerimiento de la legitimación, no se establece, en términos causales, un requisito estricto de proximidad —“*an indirect causal relationship will suffice*”⁷²—.

No obstante, en febrero de 2010, el mismo tribunal decidió volver a examinar si se podía tener en cuenta, en esta ocasión, con nueve jueces. Finalmente, el 28 de mayo de 2010 la Corte de Apelación del Quinto Circuito rechazó, definitivamente, la apelación sin haber llegado a una solución sobre el caso.⁷³

Los demandantes recurrieron ante la Corte Suprema —*Petition for writ of mandamus*—⁷⁴ donde se dilucidaron las cuestiones procedimentales y, después de reconocer la excepcionalidad de este caso, la Corte Suprema en mayo de 2011 deniega la petición de mandato de la Corte y remite de nuevo el caso a la Corte de Apelación para que resuelva la petición de los demandantes.⁷⁵

La nueva acción se basa en la molestia pública y privada, la infracción, y las causas de negligencia de acción conforme a la Ley de Mississippi,⁷⁶ el enriquecimiento injusto y la relación entre las emisiones de GEI y el

2009 U.S. App. LEXIS 22774. October 16, 2009, Filed. *Appeal Dismissed by Comer v. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049, 70 ERC 1808 (5th Cir. (Miss.) May 28, 2010) (NO. 07-60756). Disponible en: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/07/07-60756-CV0.wpd.pdf> (consultado el 2 de enero de 2012).

⁷² *Fifth District Court of Appeal*. (2009). 07-60756, *Cit. supra*, p. 9.

⁷³ *On Rehearing en Banc Comer v. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049, 70 ERC 1808 (5th Cir. (Miss.) May 28, 2010) (NO. 07-60756); *Appeal Dismissed by Comer v. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049, 70 ERC 1808 (5th Cir. (Miss.) May 28, 2010) (NO. 07-60756).

⁷⁴ Texto disponible en: http://www.masstortdefense.com/uploads/file/Comer_sct.pdf (consultado el 2 de enero de 2012).

⁷⁵ U.S. District Court for the Southern District of Mississippi on May 27, 2011. Véase caso núm. 11-220. Consultar: [http://climatelawyers.com/file.axd?file=2011%2f7%2f20110527+Comer+v.+Murphy%27s+Oil+\(re-filed\)+Complaint.PDF](http://climatelawyers.com/file.axd?file=2011%2f7%2f20110527+Comer+v.+Murphy%27s+Oil+(re-filed)+Complaint.PDF).

⁷⁶ De acuerdo con las disposiciones estatutarias de Mississippi para poder reclamar sobre el mismo objeto: “If in any action, duly commenced within the time allowed, the writ shall be abated, or the action otherwise avoided or defeated, by the death of any party thereto, or for any matter of form, or if, after verdict for the plaintiff, the judgment shall be arrested, or if a judgment for the plaintiff shall be reversed on appeal, the plaintiff may commence a new action for the same cause, at any time within one year after the abatement or other determination of the original suit, or after reversal of the judgment therein, and his executor or administrator

calentamiento global. La reclamación expone que los demandantes sufrieron daños y perjuicios en el Huracán Katrina como consecuencia de la producción, la exploración, la minería, o actividades de combustión por el carbón, el aceite, y empresas químicas. Como en la acción previa, los demandantes argumentan que las emisiones GEI de los demandados contribuyeron al efecto devastador y mortífero del Huracán Katrina.

C. Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.

En 2004, en Estados Unidos, dos grupos de demandantes, ocho estados federales⁷⁷ y tres organizaciones no gubernamentales,⁷⁸ separadamente, entablaron acciones judiciales en contra de las cinco compañías generadoras de electricidad más importantes de la nación. Amparados por el *Federal Common Law of Public Nuisance* y bajo el fundamento de estar ante los mayores contaminadores de gases con efecto invernadero del país, causantes de aproximadamente el 10% de la emisión nacional, los actores solicitaron la limitación y posterior reducción de sus niveles de CO2.⁷⁹

En primera instancia, el Tribunal de Distrito, acogiendo los argumentos de la defensa sobre la falta de legitimación activa, desestimó, el 15 de septiembre de 2005, la demanda con base en su no judicabilidad. El Tribunal entendió que la acción judicial, por su naturaleza política, no podía quedar sujeta a la decisión del tribunal.⁸⁰

may, in case of the plaintiff's death, commence such new action, within the said one year". Véase Miss. Stat. § 15-1-69.

⁷⁷ Estos Estados eran: California, Connecticut, Iowa, New Jersey, Nueva York, Rhode Island, Vermont y Wisconsin.

⁷⁸ En concreto: *The Open Space Institute, the Open Space Conservancy and the Audubon Society of New Hampshire*.

⁷⁹ Sobre esta cuestión consultar: Grossman, D. A., "Warming Up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation", 28 *Columbia Journal of Environmental Law* 1 (2003); Merrill, T. W., "Global Warming as a Public Nuisance", 30 *Columbia Journal of Environmental Law* 293, 2005; Pawa, M. F. y Krass, B. A., "Global Warming As a Public Nuisance: Connecticut v. American Electric Power", 16 *Fordham Environmental Law Review* 407, 2005, y Harper, B. P., Note, "Climate Change Litigation: The Federal Common Law of Interstate Nuisance and Federalism Concerns", 40 *GA. L. REV.* 661, 2006.

⁸⁰ United States District Court Southern District of New York, *State of Connecticut, et al., vs. American Electric Power Company, Inc., et al.* Decisión disponible en: <http://www.globalclimatelaw.com/uploads/file/AEP%20District%20Decision.pdf> (consultada el 2 de enero 2012).

En este asunto, la decisión de la Corte de Apelaciones del segundo circuito, del 21 de septiembre de 2011, fue de gran importancia.⁸¹ El fallo revirtió los principales obstáculos afirmados en primera instancia,⁸² pero también supuso una gran aportación en la construcción jurisprudencial del régimen jurídico de daños a causa del cambio climático. De entre las cuestiones analizadas por la Corte, que además ya fueron analizadas por la Corte de Apelaciones del quinto distrito en el caso ya citado de *Ned Comer et al. versus Murphy Oil USA et al.*, destacan las siguientes: en primer lugar —para desestimar la alegación de no judicialidad—, caracteriza el conocimiento de las demandas por daños entre ciudadanos de diversos estados, como una función propia de la judicatura federal, afirmando la legitimación activa de los entes estatales y privados por ser víctimas de los daños del calentamiento global. En segundo lugar, traspasa el peso de la prueba a la defensa, en términos de identificar y sostener la regla constitucional —o, en su caso, el deber federal— que obligaría a mantener la controversia en el plano político, y el tercer aspecto de interés consiste en la aplicación del *Federal Common Law of Public Nuisance* para la indemnización de daños a causa del cambio climático, puesto que actualmente no hay ninguna ley federal sobre el calentamiento global y, por lo tanto, no se puede rechazar una reclamación de molestias de acuerdo con el derecho consuetudinario federal. Así, los tribunales federales —que han juzgado reclamaciones ambientales bajo el derecho consuetudinario federal durante más de 150 años— pueden y deben seguir actuando de este modo.

En relación con la legitimación activa, el fallo, siguiendo el precedente del caso *Massachusetts, et al. versus Environmental Protection Agency, et al.*, ratifica la competencia de los estados federales para interponer acciones

⁸¹ U.S. Court of Appeals, Second Circuit, Case Nos. 05-5104 & 05-5119. Texto de la decisión disponible en: http://ag.ca.gov/globalwarming/pdf/AEP_decision.pdf (consultado el 2 de enero 2012).

⁸² En este orden de ideas, la sentencia señala: “We hold that the district court erred in dismissing the complaints on political question grounds; that all of Plaintiffs have standing; that the federal common law of nuisance governs their claims; that Plaintiffs have stated claims under the federal common law of nuisance; that their claims are not displaced; and that TVA’s alternate grounds for dismissal are without merit”. *Ibidem*, p. 4.

ambientales en favor de sus residentes.⁸³ Por otro lado, la sentencia resulta de especial interés para las organizaciones no gubernamentales. La Corte sostuvo su derecho para formular, en nombre propio y sin representación alguna, pretensiones de naturaleza ambiental. Finalmente, a los efectos de la indemnización, la sentencia señala la necesidad de compensar, proporcionalmente, los daños del cambio climático a partir de las utilidades generadas por las compañías de electricidad. Además, en virtud de su gran extensión conceptual, también considera comprendidas otras entidades, como las municipalidades y las ONG's.

Con relación a la naturaleza política de la controversia, esto es, el fundamento principal para la desestimación de la demanda en primera instancia, la Corte de Apelaciones del segundo distrito restringe el ámbito de aplicación de la no judicabilidad. En este sentido, la Corte afirma la naturaleza excepcional de la institución, especialmente en el ámbito del *Federal Common Law of Public Nuisance*.⁸⁴ Al respecto señala que: “... the fact that a case may present complex issues is not a reason for federal courts to shy away from adjudication”⁸⁵ y también que “... federal courts have successfully adjudicated complex common law public nuisance cases for over a century”.⁸⁶ Según la Corte, la inexistencia de una legislación relativa a las emisiones de CO₂, no permitiría sin más y con base en la doctrina anterior, dejar sin aplicación el *Federal Common Law*.

La tesis de la Corte, en este sentido, se opone a los razonamientos de primera instancia, que limitaban su aplicación para las simples molestias públicas. Esta interpretación del sentenciador podría considerarse

⁸³ En el derecho ambiental de Estados Unidos, la acreditación del *standing to sue* ha sido uno de los principales problemas para los estados federales y las organizaciones no gubernamentales. Siguiendo la doctrina legal de Estados Unidos —a partir del artículo III de la Constitución Política— los actores, para encontrarse legitimados activamente, deben demostrar un perjuicio concreto y particularizado, de manera actual o inminente. En los recientes fallos, adquieren gran relevancia tres precedentes: *Georgia v. Tennessee Copper Co.* (1907), *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006), y, más recientemente, *Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency et al.* (2009).

⁸⁴ La Corte sostiene que “... in fact, in the almost forty years since *Baker v. Carr* was decided, a majority of the Court has found only two issues to present political questions, and both involved strong textual anchors for finding that the constitutional decision rested with the political branches”. *Ibidem*, p. 16.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁶ Second District Court of Appeal, 2009, 05-5104-cv y 05-5119-cv, p. 24.

opuesta a la decisión de la Corte Suprema —en torno a la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental para regular sobre el cambio climático— en el caso *Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency et al.*⁸⁷ Sin embargo, la Corte entiende que aun cuando la Agencia de Protección Ambiental no establezca regulaciones, subsiste la facultad jurisdiccional de conocer y resolver, a partir del *Federal Common Law*, los daños ocasionados a consecuencia del cambio climático.⁸⁸ Establecido este ordenamiento legal, permitiría la aplicación del principio: *lex specialis derogat legi generali* y dejaría sin aplicación el *Federal Common Law of Public Nuisance*.⁸⁹

D. Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al.

El pueblo esquimal de Kivalina se encuentra en el noroeste de Alaska, en Estados Unidos. Esta aldea habitada por unas 400 personas sufre los efectos del cambio climático y atribuye la responsabilidad de los daños sufridos sobre su población y territorio a la explotación petrolera. El cambio climático que se produce por la elevada contaminación ambiental es el principal responsable de las condiciones de vida en este lugar. En efecto, este territorio está sufriendo la erosión de su territorio, puesto que al disminuir la cantidad de hielo, el viento y las fuertes tormentas afectan gravemente la tierra y las condiciones de vida de la aldea. Los pronósticos alertan de la necesidad de desplazar en 5 o 10

⁸⁷ El fallo de la Corte Suprema puede consultarse en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-174.pdf> (consultado el 2 de enero 2012).

⁸⁸ Estos “hallazgos”, señalados el 17 de abril, son dos: primero, que las concentraciones de determinados gases con efecto invernadero son un peligro para la salud pública y el bienestar, en los términos de la ley del aire limpio (§ 202, bajo la definición de *air pollutant*); y segundo, que en los vehículos motorizados, la emisión combinada de algunos de ellos contribuye a la concentración de gases contaminantes y, por tanto, a la amenaza del cambio climático. Consultar a Heinzerling, L., “Climate Change in the Supreme Court”, *Environmental Law*, 38, 2008, 1, pp. 1-18.

⁸⁹ Sin perjuicio de lo anterior, en el sistema de Estados Unidos parece probable una supervivencia parcial de la normativa. En efecto, regulándose el cambio climático bajo la ley del aire limpio y no en virtud de una legislación especial, la derogación, cuyo ámbito de aplicación se limita a las fuentes móviles, dejará subsistente el *Federal Common Law* respecto de las emisiones estacionarias.

años a las personas que viven en Kivalina a otro territorio, ya que las condiciones de vida no serán posibles en este lugar porque el océano está destruyendo la tierra.⁹⁰

La población de Kivalina, en búsqueda de los responsables de su situación tan precaria, interpuso, el 26 de febrero de 2008, una demanda en la Corte de Distrito Norte de California contra 24 de las grandes industrias energéticas de Estados Unidos, entre ellas, Exxon Mobil, BP y Shell, por daños y perjuicios a su propiedad que se contabilizan de 95 a 400 millones de dólares,⁹¹ ya que estas compañías extraen petróleo en esta zona desde hace años.⁹²

Los demandantes argumentan que los niveles peligrosos de gases con efecto invernadero emitidos por los demandados han generado una molestia pública de acuerdo con el derecho común federal. Asimismo, argumentan que gran parte de los demandados han participado en la conspiración para promover un falso debate científico sobre el cambio climático.

El 30 de septiembre de 2009, la demanda fue desestimada fundamentalmente en que la regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero era más una cuestión política que legal y que era competencia del Congreso y la administración y no de los tribunales.⁹³ A continua-

⁹⁰ Seis poblaciones, incluida Kivalina, serán recolocadas en los próximos 10 años de acuerdo con el cuerpo de ingenieros de la armada norteamericana. Consultar GAO, *Alaska Native Villages: Most Are Affected by Flooding and Erosion, but Few Qualify for Federal Assistance*, Report to Congressional Committees, GAO-04-142 (Dec. 2003), available at <http://www.gao.gov/new.items/d04142.pdf>, y Bronen, R., “Climate-Induced Community Relocation: Creating an Adaptive Governance Framework Based in Human Rights Doctrine”, 35 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 2011, pp. 357 y ss. También resulta de interés la consulta al siguiente documento: *Initial Assessment of Lead Agency Candidates to Support Alaska Native Villages Requiring Relocation to Survive Climate Harms*, University of Washington Climate Justice Seminar, spring, 2011, Three Degrees Project, en: www.threedeegreeswarmer.org.

⁹¹ *Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. ExxonMobil Corporation, et al.*, United States District Court for the Northern District of California, San Francisco Division, Civil Action No. 08cv1138-SBA. Consultar el texto de la demanda en: <http://www.climatelaw.org/cases/country/us/kivalina/Kivalina%20Complaint.pdf> (consultada el 2 de enero 2012).

⁹² Al respecto consultar el Informe de American Justice Partnership, Southeastern Legal Foundation, “The Most Dangerous Litigation in America: Free Speech Under Attack “Kivalina”, May 14, 2008”, *Global Warming Litigation Briefing Report*, 10 de abril de 2008.

⁹³ *Native Village of Kivalina, and City of Kivalina, Plaintiffs, v. Exxonmobil Corporation, et al., Defendants*. Case No. C 08-1138 SBA. United States District Court, N.D. California, Oakla-

ción, se presentó el recurso de apelación ante la Corte de Apelación del Noveno Circuito, en noviembre de 2009, donde está a la espera de una resolución judicial.⁹⁴

Esta demanda podría constituir un precedente importante, puesto que la evidencia científica es cada vez más fuerte de que los combustibles fósiles son los principales responsables del cambio climático.

2. *Alien Tort Claims Act (ATCA)*

Además de la aplicación del *Federal Common Law of Public Nuisance* que ha permitido al Poder Judicial de Estados Unidos conocer, juzgar y resolver demandas sobre responsabilidad por daños derivados de la emisión de gases de efecto invernadero, se podría plantear, aunque aún no se ha producido, la aplicación de la llamada “ley de demandas por daños a extranjeros”, el *Alien Tort Claims Act (ATCA)* o *Alien Tort Statute*.⁹⁵ El ATCA es una ley de una sola línea que permite reclamar daños a no nacionales estadounidenses por violación de obligaciones internacionales de Estados Unidos asumidas a través de tratados de los que el país es parte o por violación de lo que la norma denomina “ley de naciones”.

Respecto del ATCA, a pesar de ser una legislación muy avanzada, se deben considerar dos cuestiones: la primera, su aplicación en diferentes casos medioambientales se ha caracterizado por una enorme arbitrariedad,⁹⁶

nd Division. Sept. 30, 2009. Texto disponible en: http://legalplanet.files.wordpress.com/2011/11/663_f-supp-2d_8631.pdf (consultado el 2 de enero de 2012). Al respecto, la Corte recuerda que: “The political question doctrine serves to prevent the federal courts from intruding unduly on certain policy choices and value judgments that are constitutionally committed to Congress or the executive branch”. *Koohi v. United States*, 976 F.2d 1328, 1331 (9th Cir. 1992). Y que “A nonjusticiable political question exists when, to resolve a dispute, the court must make a policy judgment of a legislative nature, rather than resolving the dispute through legal and factual analysis”. *E.E.O.C. v. Peabody Western Coal Co.*, 400 F.3d 774, 785 (9th Cir. 2005).

⁹⁴ *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.* Notice of Appeal. 2009-11-05. Disponible en: http://content.lawyerlinks.com/library/sec/briefs/environment/actions/kivalina_agw/exxonmobil_agw_notice_appeal_110509_195.pdf. Retrieved 2010-10-23.

⁹⁵ Distintos autores se refieren a esta norma como ATCA, *Alien Tort Statute*, ATS o simplemente “§1330” (ya que se cita como 28 U.S.C., sección 1330).

⁹⁶ Sobre un estudio de esta ley aplicada a los daños ambientales, consultar a: Pigrau Solé, A., “La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente:

y la segunda, es que nunca se ha planteado para reclamar responsabilidades climáticas, es decir, utilizarla para fundamentar las responsabilidades de empresas estadounidenses, que operan a nivel internacional y que son las grandes emisoras de gases de efecto invernadero.⁹⁷ El ATCA se ha aplicado en diferentes demandas por daños ambientales, pero como recuerda el profesor Pigrau, las acusaciones de destrucción del medio ambiente han tenido un papel secundario y limitado.⁹⁸

La primera dificultad, que plantea la aplicación de esta legislación, sería interpretar si se infringe una obligación internacional convencional o consuetudinaria asumida por Estados Unidos. Para ello es importante determinar en primer lugar si, a nivel consuetudinario, Estados Unidos tiene alguna obligación internacional de evitar que las actividades que se realicen en su territorio o bajo su control no generen emisiones de gases de efecto invernadero perjudiciales más allá de su territorio. En segundo lugar, analizar si Estados Unidos tiene alguna obligación de origen convencional respecto al control de emisiones que realizan sus empresas en el extranjero. En todo caso, para determinar que existe una violación de la “ley de naciones” las normas violadas han de ser definibles, obligatorias y universales.⁹⁹

explorando la vía de la *Alien Tort Claims Act*”, en Badia, A. et al. (coords.), *Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 517-569.

⁹⁷ Sobre esta cuestión consultar a Kaur , M., “Global Warming Litigation Under the Alien Tort Claims Act: What Sosa v. Alvarez Machain and its Progeny Mean for Indigenous Arctic Communities”, *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, 13, 2006, pp. 155 y ss. Y también a Reed, R., “Rising Seas and Disappearing Islands: Can Island Inhabitants Seek Redress Under the Alien Tort Claims Act?”, *11 Pac. Rim L. & Pol'y J.*, 2002, pp. 399 y ss.

⁹⁸ El profesor Pigrau analiza siete casos en los que los daños ambientales ocupan un lugar central y en los que se atribuye la autoría directa de la violación a las empresas transnacionales o multinacionales, es decir, *Amlon Metals, Inc.V.FMC Corporation; Aguinda v. Texaco y Jota v. Texaco; Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc. ; Bano v. Union Carbide Corp. ; Flores v. Southern Peru Copper Corp. ; Sarei v. Rio Tinto*, y el caso de la utilización del Agente Naranja en Vietnam. Véase Pigrau, *cit. supra*, pp. 538-564.

⁹⁹ *Forti v. Suarez-Manson* 672 F Supp 1531 (ND Cal 1987) 1539-40 (Forti I), p. 1540. Según el test jurisprudencial para demostrar que una norma es universal los demandantes han de probar que existe un reconocimiento general entre los Estados de que una práctica específica está prohibida, si bien no es necesario que se demuestre una unanimidad absoluta entre las naciones de que dicho daño viola el Derecho internacional (Forti v. Suárez-Manson, 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal. 1988) (Forti II), p. 709). Otras sentencias han sido más restrictivas

Al respecto, se podría afirmar que esta es una obligación consuetudinaria, cuya existencia ha sido constatada por la jurisprudencia internacional, sin que existan pruebas de que Estados Unidos haya sido un objector persistente.

Así, una perspectiva sería argumentar que el derecho internacional del medio ambiente reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano como derecho fundamental. Con el fin de hacer reconocible este derecho en el ámbito del ATCA, las demandas deberían referirse a fuentes de costumbre internacional, así como se mencionó en el caso Flores:¹⁰⁰ convenciones que establezcan un conjunto de reglas reconocidas por los Estados implicados en el litigio, costumbre internacional y en menor medida, jurisprudencia y doctrina internacionales. En efecto, las demandas con base en el ATCA podrían plantearse sobre la base del establecimiento del derecho a un medio ambiente sano como derecho reconocido entre la mayoría de tratados adoptados entre los Estados y la aceptación universal de políticas de reducción de los GEI, que presuponen un reconocimiento de perjuicio del calentamiento global.

Por otra parte, podría argumentarse que las acciones y declaraciones estadounidenses a la CMNUCC y al Protocolo de Kyoto podrían, en el futuro, generar la responsabilidad fundamentándose en el ATCA. Por ejemplo, una demanda podría, potencialmente, argumentar que con base en el ATCA, el gobierno de Estados Unidos conoce la base de sus reclamos.¹⁰¹

y han exigido que la norma internacional violada tuviera estatus de *ius cogens* o recurrido a la limitada lista del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 701-702, 1987)*. Por ejemplo *Xuncax v. Gramajo* 886 F Supp 162 (D Mass 1995), p. 184.

¹⁰⁰ Consultar *Flores v. Southern Peru Copper Corp*, Rodolfo Ullona Flores, Luisa Torres Chee-quizel, on behalf of Veronica Velazco Torres, Maxima Quispe Canargo, on behalf of William Angelo Caronado, Elena Casilla, on behalf of Henry Anderson Casilla; David Bacangel Aguilera; Juana Jaillita Manani; Able Valdivia Acevedo and Mario Herrera, for the Estate of Mario Vitaliano Herrera Salinas, *Plaintiffs-Appellants, v. SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, Defendant-Appellee*. 02-9008. Docket No. Argued: 15 de abril de 2003-29 de agosto de 2003.

¹⁰¹ Horner, C. C., “The Perils of ‘Soft’ and Unratified Treaty Commitments: The Emerging Campaign to ‘Enforce’ U.S. Acknowledgements Made In and Under the Rio Treaty and Kyoto Protocol Using the Vienna Convention, WTO, Alien Tort Statute, and NEPA”, *Competitive Enterprise Institute, Working Paper*, 2003, disponible en: <http://www.cei.org/pdf/3297.pdf>.

En la sentencia del caso Sosa,¹⁰² se estableció que los tribunales no deberían reconocer las violaciones de derecho consuetudinario internacional de forma rutinaria, sino más bien reservar este derecho para aquellos actos notorios que violan normas fundamentales y universales. Donde las naciones han sido lentas para responder y reconocer el calentamiento global, será difícil, sobre todo para los demandantes demostrar que la norma consuetudinaria internacional protege el derecho a un medio ambiente sano. Las reclamaciones sobre un medio ambiente sano probablemente no serían reconocidas bajo el ATCA hoy, ya que algunos personajes clave en la crisis del calentamiento global rechazan entrar en cualquier acuerdo vinculante y obligatorio en relación con la reducción de emisiones.

Por otra parte, la mayor parte de las naciones líderes mundiales civilizadas ahora han reconocido la presencia de cambio climático antropogénico. Incluso si la reclamación con base en el ATCA de los demandantes es rechazada porque el derecho consuetudinario internacional aún no reconoce el derecho a un medio ambiente sano, tal derecho se desarrollará a la larga, a medida que los tratados internacionales lo integren y que se dicten más decisiones legales sobre el calentamiento global. Los demandantes potenciales deben tener presente que la ley en el área del cambio climático está en un continuo desarrollo. Además, un pleito puede ser un instrumento eficaz, incluso cuando ha fracasado.

IV. LOS TRIBUNALES DE OPINIÓN SOBRE EL CLIMA

Estos tribunales representan uno de los varios ejemplos de iniciativas de la sociedad civil en la búsqueda de una justicia que no siempre la institucionalidad ha podido proporcionar. Éstos, a pesar de no tener carácter estatal vinculante, responden a la ausencia de mecanismos e instituciones que sancionen los crímenes climáticos. Por este motivo, su constitución y funcionamiento no se originan en el Poder Judicial sino más bien en la sociedad civil organizada. Sus resoluciones o fallos tienen implicaciones morales, éticas y políticas, cuya efectividad está vinculada a la legitimidad

¹⁰² *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004) (No. 03-339).

dad social y proyección que logran y al fortalecimiento de las organizaciones, movimientos y redes vinculadas a estos procesos. Así, estos tribunales se proponen como un espacio donde los movimientos sociales y los pueblos promueven la justicia climática llamando la atención de quienes están decidiendo en las actuales negociaciones para lograr, no sólo mayor firmeza en el cumplimiento de los compromisos, sino también nuevos mecanismos vinculantes que refuercen el régimen sobre el cambio climático, y que permitan una verdadera justicia climática.

El objetivo principal de este tipo de tribunales éticos es visibilizar las causas del cambio climático y juzgar a los principales Estados y empresas responsables del calentamiento global por sus efectos sobre los derechos humanos, los derechos de los pueblos y los derechos de la naturaleza, en ese marco denunciar los impactos de medidas de mitigación y adaptación como los biocombustibles, las grandes hidroeléctricas, los mercados de carbono y otras falsas soluciones que violan estos derechos.

Algunos de los fundamentos éticos y jurídicos en los que se basan estos tribunales están enmarcados en el derecho internacional, particularmente en materia de derechos humanos y los derechos de los pueblos, en el que el derecho al medio ambiente sano está reconocido en una serie de instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 11 y 12); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 29), así como otras referencias importantes en materia de derechos humanos.

En los últimos años, existen algunos ejemplos de este tipo de tribunales que nacen con la vocación de denuncia, y que constituyen distintas experiencias de Tribunales de Opinión como el Tribunal Nacional de Crímenes del Latifundio (Brasil, 1986); el Tribunal Internacional del Agua (1983-1992); el Tribunal Nacional del Agua celebrado en Florianópolis (Brasil, 1993); Tribunal por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres (Perú, 2004); el Tribunal por la Soberanía Alimentaria (Quito, 2004), y el Tribunal sobre Cambio Climático (Colombia, 2007). Otro ejemplo relevante es el Tribunal Internacional de los Pueblos sobre la Deuda Externa, que en 2002 emitió un veredicto que en los años posteriores se convirtió en una bandera de lucha contra la deuda ilegítima, contribuyendo a propuestas políticas, e incluso gu-

bernamentales, para la anulación y no pago de la deuda financiera, sobre la relación entre la generación de deuda externa ilegítima y la acumulación de deudas ecológicas, sociales e históricas, y el reconocimiento del derecho de los pueblos a la restitución y la reparación.

En concreto, son ya numerosas las iniciativas que se han desplegado en la búsqueda de la justicia climática mediante el establecimiento de este tipo de tribunales. Estas iniciativas han surgido, fundamentalmente, de diferentes actores de la sociedad civil, incluyendo muy especialmente a los pueblos y naciones indígenas, afrodescendientes, movimientos campesinos y de pescadores de América Latina y el Caribe, de los Andes y la Amazonía en particular, que han decidido promover un Tribunal Internacional de Justicia Climática que contribuya a identificar y juzgar a los verdaderos responsables de los crímenes contra el medio ambiente y sus habitantes, la humanidad y el conjunto de los seres vivos, así como a controlar y exigir la no repetición de los hechos que forman parte de la acusación. Ya desde las negociaciones de Bali en 2007, se concertó la necesidad de demandar justicia climática a nivel mundial. En este sentido, surgen en Cochabamba, Bolivia, el 18 de febrero de 2007, un conjunto de movimientos, organizaciones e instituciones sociales del país que conformaron la Plataforma Boliviana frente al cambio climático porque consideraron de vital importancia la constitución de un colectivo que promoviera acciones conjuntas para la reflexión y la incidencia nacional e internacional sobre los efectos del cambio climático.

Posteriormente, y dando seguimiento a las amenazas que representan el cambio climático y las falsas soluciones en la Cumbre de los Pueblos del Sur de 2008 en Bahía, Brasil, también se planteó la necesidad de un Tribunal de Justicia Climática. De igual forma, durante el Foro Social Mundial de 2009, se plantearon varios debates sobre la Deuda Ecológica y la Justicia Climática con distintas organizaciones y redes. Otra iniciativa, centrada en los crímenes ambientales, es la propuesta de una Corte Penal Internacional del Medio Ambiente para la Protección de la Salud del Hombre y de la Mujer, del Planeta Tierra y de sus Ecosistemas que busca el reconocimiento del desastre ambiental intencional como crimen contra la humanidad. Con base en la experiencia del Tribunal Internacional de los Pueblos sobre la Deuda, la Red Jubileo Sur coincidiendo con varios otros movimientos y redes han ido dibujando también la realización de un Tribunal Internacional sobre Deuda Ecológica y la

promoción de instrumentos de sanción y de reparaciones por la deuda ecológica y climática.

Otro espacio de discusión sobre el Tribunal Internacional de Justicia Climática fue la IV Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas de Puno, en la que de manera colectiva se resolvió establecer un Tribunal de Justicia Climática que juzgara a las empresas transnacionales y los gobiernos cómplices que depredan la naturaleza, saquean sus bienes naturales y vulneran sus derechos, como el primer paso hacia una Corte Internacional sobre Delitos Ambientales. De igual manera las decisiones del Foro Indígena de las Naciones Unidas se han pronunciado por promover un Tribunal de Justicia Climática y una movilización global por los derechos ambientales. También se destaca en el marco de planteamientos y propuestas de los movimientos indígenas de todo el mundo la Declaración de Anchorage de abril de 2009 sobre pueblos indígenas y cambio climático, que se basa en la centralidad de los derechos humanos y de los pueblos indígenas tal y como están reconocidos por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) del 13 de septiembre de 2007.

Los diversos planteamientos referidos confluyen en el desafío de construir colectivamente una propuesta que permita de manera colectiva una propuesta que permita de manera inmediata el establecimiento de un tribunal internacional ético-político de justicia climática que, partiendo del protagonismo de los pueblos y sus organizaciones, se proyecte en el marco de las actuales negociaciones sobre el cambio climático y sea el antecedente para la eventual constitución de un Tribunal de Justicia Ambiental vinculante, que posibilite la sanción de crímenes que, como en el caso del cambio climático y sus responsables, permita evitar más daños al planeta, su biodiversidad y sus habitantes.

V. CONCLUSIONES

Los apoderamientos legales del Poder Judicial, a partir de la jurisprudencia, permiten establecer responsabilidades, sin requerir una regulación normativa específica y, que desde una perspectiva jurídica, im-

piden vacíos de impunidad derivados de la pasividad administrativa. La cuestión es determinar en qué medida el Poder Judicial puede influir en los poderes Legislativo y Ejecutivo, en relación con los riesgos y daños generados por los efectos del cambio climático.

Las decisiones adoptadas por las diferentes instancias judiciales o fiscalizadoras a nivel internacional o estatal constituyen, en general, soluciones inéditas en el derecho ambiental y, particularmente, situaciones insospechadas en la lucha contra el cambio climático, como es el caso de Estados Unidos.

En los próximos años, esta clase de litigios y contenciosos climáticos proliferarán a medida que los efectos del calentamiento global se evidencien aún más y se propaguen, generando un mayor número de víctimas, que no van a dudar en buscar responsabilidades en los grandes emisores de gases de efecto invernadero. Incluso, eventualmente, otras comunidades o países vulnerables como los Estados isleños podrían presentar demandas contra las grandes naciones emisoras, como Estados Unidos. En todo caso, será necesario distinguir entre los casos contra empresas privadas y las demandas contra Estados según el derecho internacional público. También deberá diferenciarse entre la responsabilidad por eventos climáticos extremos de la responsabilidad por fenómenos graduales como el aumento progresivo en el nivel del mar. Pero en cualquiera de los casos, cuanto más avance la ciencia sobre causalidad y cuanto más tiempo las empresas sigan adelante con sus acciones, más difícil será para estas empresas evitar ser responsabilizadas ante la justicia.

Finalmente, desde un punto de vista extrajudicial, las soluciones resultan tanto o más interesantes. Por una parte, las decisiones de las Cortes, por razones de seguridad jurídica, representan un incentivo —multiplicado exponencialmente, a partir de la legitimación activa de las ONG's— para promulgar una legislación especial sobre el cambio climático. Por otro lado y como correlato de lo anterior, los criterios propuestos constituyen un poderoso freno —de cara a eventuales litigios por daños— para las principales industrias emisoras de CO₂ de Estados Unidos, en orden a mantener o incrementar sus niveles de contaminación. Por todo lo anterior, la actividad reciente de la judicatura estadounidense, pensamos, permite sostener, hoy en día y más que nunca, lo razonable que resulta esperar progresos en la lucha contra el calentamiento global.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABATE, R. S., “Symposium: Climate Change Liability and the Allocation of Risk: Climate Change, the United States, and the Impacts of Arctic Melting: a Case Study in the Need for Enforceable International Environmental Human Rights”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, núm. 3, 2007.
- AVERRILL, M., “Linking Climate Litigation and Human Rights”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, núm. 2, 2009.
- BURNS, W. C. G. y OSOFSKI, H. M. (eds.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- CULLET, P., “Liability and Redress for Human-Induced Global Warming: Towards an International Regime”, 26 *A Stan. Envtl. L. J.*, 2007.
- EBBESON, J., *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- GROSSMAN, D. A., “Warming Up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation”, 28 *COLUM. J. ENVTL. L.* 1, 3, 2003.
- _____, “Tort-Based Climate Litigation”, en BURNS, William C. G. y OSOFSKI, Hari M. (eds.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Cambridge University Press, 2009.
- GUPTA, J., “Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, Issue 1, abril de 2007.
- HEINZERLING, L., “Climate change in the Supreme Court”, *Environmental Law*, 38, 2008, 1.
- HUNTER, D. B., “The Implications of Climate Change Litigation: Litigation for International Environmental Law-making”, en BURNS WILLIAM C. G. y OSOFSKI, Hari M. (eds.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Cambridge University Press, 2009.
- KASWAN, A., “The Domestic Response to Global Climate Change: what Role for Federal, State, and Litigation Initiatives?”, *University of San Francisco Law Review*, vol. 42, núm. 1, 2007.

- MANK, B., “Can Plaintiffs Use Multinational Environmental Treaties as Customary International Law to Sue Under the Alien Tort Statute?”, *Utah Law Review*, 1085, 2007.
- MASSON, J. F., *Climate Change Litigation and Law*, Nova Science Publishers, 2010.
- MELTZ, R., “Climate Change Litigation: a Growing Phenomenon”, en MASSON, Jean-François (ed.), *Climate Change Litigation and Law*, Nova Science Publishers, 2010.
- OSOFSKY, H. M., “Is Climate Change “International”?: Litigation’s Diagonal Regulatory Role”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, núm. 3, 2009.
- _____, “The Geography of Climate Change Litigation Part II: Narratives of Massachusetts v. EPA”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 2008.
- _____, “Local Approaches to Transnational Corporate Responsibility: Mapping the Role of Subnational Climate Change Litigation”, *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, vol. 20, núm. 1, 2007.
- _____, “The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 83, núm. 6, 2005.
- POSNER, E. A., “Climate Change and International Human Rights Litigation: a Critical Appraisal”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, núm. 6, 2007.
- PRESTON, B. J., “Climate Change Litigation”, ROSEMARY, Lyster (ed.), *In the Wilds of Climate Law*, Australian Academic Press, 2010.
- SCHATZ, J., “Climate Change Litigation in Canada and the USA”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, núm. 2, 2009.
- STRAUSS, A., “Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice”, BURNS, William C. G. y OSOFSKI, Hari M. (ed.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Cambridge University Press, 2009.