

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

Enero - Marzo 2021 | 65



FUNDACIÓN
EXPOTERRA

ISSN 1851-1198



INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de febrero de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

Enero - Marzo 2021 | 65



 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Comité Consultivo Nacional

Carlos A. Botassi, Jorge A. Franza, Jorge M. Galdós,
Felipe González Arzac, Eduardo P. Jiménez,
Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Beatriz Krom,
Daniel H. Lago, Ricardo L. Lorenzetti, Raúl Madueño,
Jorge Mosset Iturraspe, Leonardo F. Pastorino,
Eduardo A. Pigretti, Daniel A. Sabsay, Mario F. Valls,
Aydée Vázquez Villar, Juan Rodrigo Walsh,
Teodora Zamudio

Comité Consultivo Internacional

Antônio H. Benjamin (Brasil), Silvia Capelli (Brasil),
Manuel Castañón del Valle (España),
Silvia Jaquenod Zsögön (España),
Paulo Affonso Leme Machado (Brasil),
Neófito López Ramos (México),
Ricardo Merlo (Paraguay), Vladimir Passos de Freitas
(Brasil), Gemma Patón García (España),
José Antonio Peláez Bardales (Perú), Michel Prieur
(Francia), Aquilino Vázquez García (México),
Rossana Silva Repetto (PNUMA)

Comité Ejecutivo

Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis

Responsables de área

Valeria Berros (Casos Complejos)
Aurora Besalú Parkinson (Daño Ambiental)
Guillermo Marchesi y Gabriela L. Bordelois de Rossi
(Derecho Administrativo Ambiental)
José Esain (Derecho Constitucional Ambiental)
Adriana Tripelli (Derecho Internacional, Extranjero y
Comparado)
Gabriela García Minella y Fernando Díaz Cantón
(Derecho Penal Ambiental)
Carlos Camps (Derecho Procesal Ambiental)
Daniel Soria (Derecho Urbanístico)
Hugo Acciarri, Pamela Tolosa y Pablo A. Iannello
(Economía y Medio Ambiente)
Eduardo Conghos (Instrumentos de Gestión y Política
Ambiental)
Nancy Tognola (Recursos Naturales)
Maggie Luz Videla (Técnica Ambiental)
Aníbal Falbo (Actualidad Ambiental de la provincia de
Buenos Aires)
Alicia Morales Lamberti (Actualidad Ambiental de la
provincia de Córdoba)
Mauricio Pinto (Actualidad Ambiental de Cuyo)
Lucena Spano (Actualidad Ambiental del Litoral)
Mariana Catalano (Actualidad Ambiental del Norte)
Carlos A. Rodríguez (Actualidad Ambiental del Nordeste)
Juan Carlos Fernández (Actualidad Ambiental de
Patagonia)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local

Gonzalo Sozzo (*)

Sumario: I. “*Can climate litigation save the world?*”— II. El Acuerdo de París y la litigación climática contemporánea.— III. La litigación climática en los procesos de globalización del campo legal.— IV. El estado del arte sobre litigación climática.— V. Los tópicos centrales de la litigación climática.— VI. Lecciones de la litigación climática para Argentina.— VII. Sobre globalizaciones y estrategias.

I. “*Can climate litigation save the world?*” (1)

La pregunta está formulada de manera provocadora, pero invoca una cuestión tradicional en el derecho moderno: ¿qué decisiones y en qué medida deben ser tomadas por el legislador?, y ¿cuándo puede colocarse en las manos de los jueces?

Se refiere a la existencia de un proceso de judicialización de la política de cambio climático a nivel planetario, que es un efecto secundario del Acuerdo de París, que, al colocar el acento en la esfera nacional para la lucha contra el cambio climático, y luego inaugurar un mecanismo global de concertación y seguimiento, favoreció este desarrollo.

Sea como fuere, parece inevitable que, frente a la nacionalización de la lucha contra el cambio climático, exista un fenómeno de litigación para exigir a los Estados nacionales su cumplimiento.

Podría reformularse: ¿podrán los jueces contribuir en la co-construcción de la política de cambio climático?

(*) Especialista en Derecho de Daños. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor en las universidades UNL, UCA y UBA.

(1) *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/environment/2018/mar/20/can-climate-litigation-save-the-world>.

La respuesta no puede ser general. Depende de la coyuntura de cada Estado de derecho; por ejemplo, cómo “declina” en cada país la teoría de la división de poderes o cómo conciben el *standing* para litigar por las generaciones futuras, o si existe un recurso por inconstitucionalidad frente a la omisión regulatoria del Estado, o si existe o no una tendencia a judicializar la política y las políticas públicas, entre otras.

Sin embargo, sus posibilidades de éxito se relacionan con la existencia de “Cortes verdes” (2), es decir, un cierto activismo ambiental judicial preexistente, que podría constituir un terreno fértil para este tipo de litigación.

Este estudio se focaliza en el análisis de la “ola” de litigios climáticos desarrollados luego de la aprobación del Acuerdo de París contra los Estados nacionales, y allí intenta hacer foco en los litigios que giran alrededor de las “contribuciones determinadas a nivel nacional” del Acuerdo de París (3), desde la perspectiva de la

(2) CAFFERATTA, Néstor, “El tiempo de las Cortes verdes”, *LA LEY* del 21/03/2007, p. 8.

(3) Que es un subgrupo de acciones climáticas, como señala Christel Cournil; según la autora, el primer caso de este grupo fue “Thomson vs. Minister for Climate Change Issues”, en Nueva Zelanda. El caso fue analizado por la Corte Suprema de Nueva Zelanda y rechazado en noviembre de 2017. COUNIL, Christel, “Les convergences des actions climatiques contre l’État. Étude comparée

litigación ambiental en Argentina y, más en general, en los países de América del Sur (4).

El artículo defiende una perspectiva crítica respecto de la litigación climática; para ello: [1] se analizan las condiciones de posibilidad y el contexto social y político que generan la emergencia de la litigación climática contra los Estados nacionales; [2] se analiza el vínculo con el Acuerdo de París y el movimiento de litigación climática post Acuerdo de París como un proceso de localización propio del derecho global; [3] se analiza la litigación climática como parte del proceso de globalización del campo legal; [4] se describe el panorama global de la litigación climática y centralmente se concentra en establecer: [5] cuáles son los rasgos centrales de esta litigación climática; [6] cuáles son los impactos potenciales o las lecciones que pueden extraerse para el Estado Nacional y los Estados subnacionales y, en todo caso, ¿cuál es el impacto que puede tener sobre el federalismo argentino?; finalmente, se analizan [7] las estrategias alternativas en las cuales podría inscribirse la litigación climática estatal desde la perspectiva de América del Sur. Las lecciones se refieren no solo a la organización de la justicia, sino también a los aspectos regulatorios.

Mi tesis central es que la litigación climática es parte de la globalización del campo legal que se

du contentieux national”, *Revue Juridique de l’Environnement*, Ed. Société Française pour le Droit de l’Environnement (SFDE), 2017, número especial, hal-02266603, ps. 231-247.

(4) Suele hacerse una distinción entre la “litigación climática”: a) de particulares u ONG contra un Estado; o de b) particulares, una ONG, una ciudad o un Estado subnacional contra una empresa. El primer caso es un litigio de derecho público nacional, y el segundo sería un litigio de derecho privado nacional. En el caso de Argentina, la ley 26.944 regula la responsabilidad del Estado en la órbita del derecho administrativo, pero no se refiere a la prevención del daño que se regula en el Código Civil y Comercial (arts. 1709 y ss.), de modo que las acciones climáticas contra el Estado Nacional no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho privado; son, en este sentido, acciones de derecho privado nacional. Este artículo no aborda la posibilidad de que la litigación climática se traslade a un litigio de un Estado o grupo de Estados contra otros, bajo las reglas del derecho internacional consuetudinario, que es el mismo plano en el que se mueve el mecanismo de “pérdidas y daños” del Acuerdo de París.

expresa en un proceso de globalización y luego de localización de globalismos conexos, y que si bien puede conducir a dotar de mayor *enforcement* a las contribuciones nacionales asumidas en la COP21 por los Estados y las empresas, terminaría contribuyendo a diluir el principio de las “obligaciones comunes pero diferenciadas” (5), que es sin dudas el principal principio del Acuerdo de París, derivado de las asimetrías preexistentes entre los Estados para acoger las demandas climáticas y, en definitiva, conduciría a desandar los caminos de la “justicia ambiental” en el nivel global e intergeneracional.

II. El Acuerdo de París y la litigación climática contemporánea

Es muy relevante explicar y comprender, en primer lugar: a) que la base actual de la litigación climática ha tenido como condición de posibilidad el Acuerdo de París, que, básicamente, a través de la idea de “contribuciones nacionales determinadas” y el mecanismo conexo a ellas de monitoreo, ha “localizado” en los espacios nacionales el núcleo de la lucha contra el cambio climático, invirtiendo la situación respecto de la estrategia jurídica del Protocolo de Kioto, que era claramente global. En segundo lugar, b) es necesario considerar que el Acuerdo de París constituyó un verdadero “momento constitucional” acompañado de una serie de factores y movimientos que se prolongaron luego e incluso enriquecieron.

II.1. El Acuerdo de París: un acuerdo singular

II.1.a. El contexto: las negociaciones climáticas y la COP21 como “momento constitucional”

Para comprender el momento del Acuerdo de París hay que recordar en primer lugar que el Protocolo de Kioto tenía una “fecha de vencimiento”, pese a que quedó prorrogada su vigencia de hecho y, en segundo lugar, que desde hacía tiempo era imperioso arribar a un nuevo acuerdo, pues las negociaciones climáticas venían de fracaso en fracaso. En este punto es muy

(5) Acuerdo de París, art. 2.2: “El presente Acuerdo se aplicará de modo que refleje la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales”.

recordado el fracaso de la COP15 de Copenhague de 2009 (6).

Para redactar el documento derivado de la COP17 de Durban se creó un Grupo de Trabajo Especial que debía finalizar su labor antes de la COP21 para que fuera aprobado allí. Fue precisamente este hecho el que finalmente generó las expectativas acerca de la COP21 de París.

Se pasó entonces de un período de “climato-depresión” a un momento de “climato-euforia”, que fue aumentando en los meses anteriores al Acuerdo de París.

Finalmente, en la COP21, el Acuerdo fue firmado, pese a los condicionamientos diplomáticos existentes, pero para poder hacerlo hubo que crear un texto que funciona como un tercer texto que se relaciona e integra con la CMNUCC y el Protocolo de Kioto de 1997, sin ser un verdadero Protocolo ni una Convención Marco, como explica José Juste Ruiz (7). No solo la forma del texto es novedosa; también, producto de los mismos condicionamientos, el contenido lo es: “contribuciones determinadas a nivel nacional”, compromiso de alcanzar la meta de mantener la temperatura global por debajo de 2° grados respecto de la era preindustrial y continuar hasta reducirla a menos de 1,5° grados respecto de la temperatura de la era preindustrial, pero sin establecer un plazo para ello.

En este contexto favorable, el Acuerdo de París obtuvo muy rápidamente las ratificaciones necesarias para entrar en vigencia (8).

(6) GODINEZ ROSALES, Rodolfo, “La ruta de Kioto a París: el proceso de negociación del nuevo Acuerdo”, en BORRÁS PERTINAT, Susana — VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?*, Ed. Aranzadi, España, 2018, ps. 60-61.

(7) JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar del régimen internacional para responder al cambio climático: el Acuerdo de París de 2015”, en AA.VV., *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?* ob. cit., ps. 29 y ss.

(8) Entró en vigor el 04/11/2016.

II.1.b. El Acuerdo de París en la “trayectoria” del derecho internacional ambiental

En el derecho internacional y en el derecho internacional ambiental (DIA) en general se suele hacer referencia a que existe una fuente formal privilegiada, que son las Convenciones Internacionales, que básicamente se dividen en dos “generaciones”, de las cuales la segunda —que habría comenzado en la década del 90 del siglo XX— es la de las “Convenciones Marco”, que recurren a los “Protocolos” como un mecanismo para “completar”, complementar y desarrollar la regulación “básica” que establecen las Convenciones Cuadro y que constituyen una estrategia frente a las dificultades que ya en los años 90 del siglo XX asomaban en el multilateralismo para llegar a acuerdos sobre compromisos detallados. Asimismo, todos recuerdan que el *soft law* tiene un rol que ha ido *in crescendo* y que es vital en el campo del derecho internacional ambiental, remarcando que incluso permite lograr más resultados y mayor efectividad que el propio *hard law* (9).

El régimen internacional del clima, que se inauguró con la Convención de Cambio Climático en 1992 (CMNUCC), pertenece a esta generación de tratados internacionales, pues se trata de una Convención Marco que debía ser “desarrollada” progresivamente mediante la labor de la Conferencia de las Partes (COP) y el dictado de Protocolos. Hasta el momento, el único Protocolo aprobado fue el Protocolo de Kioto en 1997, y que entrara en vigencia en 2004 (10).

Pero, volviendo a la relación entre *soft law* y *hard law*, creo que —en la línea de lo que ya ha señalado la doctrina— presentar a estos dos polos como opuestos es una simplificación. En

(9) JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., ps. 29 y ss.

(10) El Protocolo de Kioto adoptó una estrategia de lucha contra el cambio climático basada en la idea de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, partiendo de la base de que los países desarrollados (llamados países del anexo I) eran los que más habían contribuido históricamente y lo seguían haciendo al calentamiento global, y que por tanto eran los únicos obligados a reducir las emisiones. Los países llamados “no del anexo I” o en vías de desarrollo no tenían las obligaciones de reducción cuantitativamente determinadas que tenían los del primer grupo mencionado.

realidad, existe un *continuum* entre *soft law* y *hard law* con diferentes grados (11).

El Protocolo de Kioto tenía una fecha límite de vigencia, que originalmente era 2012. A partir de esa fecha, y no habiendo podido llegar antes a un nuevo Acuerdo que lo sustituyera, quedó prorrogado *de facto* y las negociaciones continuaron en el seno de las COP de la CMNUCC para arribar a un nuevo Acuerdo que lo sustituyera y también en algunos escenarios externos al régimen climático.

En este contexto, durante el período de negociaciones climáticas post Kioto, en la COP de Durban de 2011, los Estados asumieron el compromiso de elaboración de un “Protocolo, otro instrumento jurídico o un resultado acordado” (12), lo cual abrió un “ciclo de negociaciones” centradas en el nuevo documento con el objetivo de que fuera aprobado durante la COP21 en 2015 y para que entrara en vigencia en 2020 (13).

Las posibilidades que se dejaban abiertas eran varias respecto de cuál podría ser la “forma jurídica” del futuro Acuerdo (14), lo que abrió un período de especulaciones acerca de este punto, y no todas significaban un texto con el mismo valor jurídico obligatorio.

II.1.c. La naturaleza jurídica del Acuerdo de París

Condicionado por las discusiones y negociaciones anteriores, se emplea el término “Acuerdo”, que parecería limitarlo a un mero pacto político.

(11) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — SPENCER, Thomas - WEMAERE, Matthieu, “La forme juridique du futur Accord de Paris sur le Climat: enjeux et principales options”, *Cahiers, Droit, Sciences et Technologies*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, halshs-01311785.

(12) Decisión 1/CP.17.

(13) LASSUS ST-GENIÈS, Géraud de, “L’Accord de Paris sur le Climat: quelques éléments de décryptage”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 28-2, 2015, ps. 27-51, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2015_num_28_2_2183.

(14) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — SPENCER, Thomas — WEMAERE, Matthieu, “La forme juridique du futur Accord...”, ob. cit.

El Acuerdo de París procura ser calificado formalmente como un nuevo Protocolo de la Convención de 1992 o que pueda ser calificado como tal (15). Pese a ello, contiene reglas que son propias de un Protocolo Adicional.

De todas maneras, como se ha señalado, no es una Convención completamente separada de la Convención Marco, sino que muestra vínculos muy estrechos con ella (16).

A pesar de ello y del hecho de que no se lo denomina “Convención” o “Convenio”, es un tratado internacional, por lo que en general es jurídicamente vinculante, “lo que no quiere decir que todas sus disposiciones incorporen prescripciones jurídicamente vinculantes” (17).

Es un acuerdo jurídico que se caracteriza por su flexibilidad (18), progresividad y mayor grado de globalidad (19). Sus obligaciones sustantivas no son las típicas de un tratado, pues no tienen un contenido preciso y concreto; en cambio, sí se establecen obligaciones procedimentales robustas.

Además de ello, encierra un mecanismo de construcción progresiva de su contenido mucho más intenso que el que prevé la generación de las Convenciones Marco, que emplean para ello las COP y los Protocolos. Para ello, utiliza como esfera institucional las COP, y allí un mecanismo que parte de la idea de contribuciones decididas en las esferas nacionales; luego, existen procedimientos periódicos de revisión —nacio-

(15) “El Acuerdo de París no encaja totalmente ni como un segundo Protocolo de la Convención Marco de 1992, ni como una nueva Convención (Marco) separada de la inicial”, JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., p. 31.

(16) JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., p. 31.

(17) FERNÁNDEZ EGEEA, Rosa M., “Los nuevos objetivos y compromisos del Acuerdo de París”, en BORRÁS PERTINAT, Susana — VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola (eds.), *El Acuerdo de París...*, ob. cit., p. 107.

(18) La flexibilidad tiene dos justificaciones: la primera consiste en las mismas dificultades del multilateralismo para acordar pactos de contenido rígido; la segunda es poder adaptarse a los cambios en el campo científico en esta materia.

(19) En el sentido de que se generalizan las obligaciones relativas a mitigación y adaptación a “todas las partes”, JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., ps. 36-38.

nales o globales, llamados “balance mundial” —, y debe siempre haber un progreso en los “niveles de ambición” de las partes y, por tanto, en las contribuciones, y no se puede retroceder.

Este “tercer pilar” del régimen climático internacional (20) marca —a mi modo de ver— un proceso de transición y de mutación del régimen climático internacional que parece estar transitando desde el derecho internacional al derecho global, en el cual se redefine absolutamente el rol que juegan la “comunidad internacional”, los Estados nacionales y aun las organizaciones sociales y las ciudades.

Por ello, plantearse si *in totum* el Acuerdo de París es *hard law* o *soft law* sería una simplificación y, en definitiva, una pregunta mal enfocada. La respuesta requiere un análisis más profundo y detallado, y en cierta medida exige abandonar esta distinción que acabo de mencionar, entendiéndola como una “dicotomía” que no admite, como toda dicotomía, una zona o espacio del medio, o que supone que no existe interconexión entre *hard* y *soft law*. El Acuerdo en sí no es un Protocolo, pero tiene elementos del contenido de un Protocolo; “si no es un Protocolo” sería “otro instrumento jurídico conexo” (21). De un lado, el Acuerdo en sí es *hard law*, pero sus

normas tienen contenidos flexibles; y, del otro, se completa con la Decisión 1 de la COP21 (22), que no tiene el mismo estatuto jurídico que un tratado (23), y que en ocasiones establece reglas de interpretación, de desarrollo o de implementación del Acuerdo.

El Acuerdo de París es sencillamente inclasificable en los esquemas anteriores (24); es una Convención singular que podría estar marcando —el tiempo lo dirá— el comienzo de una nueva generación de convenciones internacionales ambientales (25) y una vía de escape a las dificultades del multilateralismo.

II.1.d. El Acuerdo de París bajo el paradigma procedimental

Es un instrumento que cabe perfectamente en el paradigma jurídico procedimental (26) que tiende a sustituir al paradigma material en el campo legal y que lo acerca al *global law*.

La presencia de este paradigma procedimental es clara, no solo por la existencia de una serie de obligaciones procedimentales, sino por la ausencia de obligaciones sustanciales con contenido fijo y de un plazo final determinado para lograr la meta: mantener el aumento de la temperatura por debajo de los dos grados e inclusive de 1,5 grados respecto de la era preindustrial, todo lo cual lo hace un documento relacional

(20) Como lo llama gráficamente José Juste Ruiz, dándole al régimen internacional del clima una “estructura tridimensional”, JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., p. 30; es muy adecuada esta terminología, pues explica que los otros dos grandes instrumentos internacionales, la CMNUCC y el Protocolo de Kioto —que serían los otros dos pilares— siguen vigentes. Aunque no lo harán por mucho tiempo, pues todo parece indicar que el Protocolo de Kioto no sobrevivirá por un tercer período post 2020. KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, “Conférence Internationale de Paris sur le Climat en décembre 2015: comment construire un accord évolutif dans le temps?”, *Journal du Droit International (Clunet)*, Ed. LexisNexis, 2015, hal-01400399. Además de ello, cabe remarcar que por diversas razones ambos textos, el Acuerdo de París y el CMNUCC, están “estrechamente vinculados”: solo las partes de la Convención fueron invitadas a ratificarlo; la COP de la CMNUCC se utiliza como reunión de las partes del Acuerdo de París; entre otros, LASSUS ST-GENIÈS, Gérard de, “L’Accord de Paris sur le Climat...”, ob. cit., p. 32.

(21) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “L’Accord de Paris sur le Climat, un renouvellement des formes d’engagement de l’État?”, en *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, 2018, fflahshs-02109672.

(22) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “L’Accord de Paris...”, ob. cit.

(23) El valor jurídico de las decisiones de la COP de la CMNUCC es el de una norma de “ejecución” o de aplicación del Tratado.

(24) “El Acuerdo de París no encaja ni como un segundo Protocolo de la CMNUCC, ni como una nueva Convención (Marco) separada de la inicial”, JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., p. 31.

(25) “...Se encuentra aquí pues un proceso de escalonamiento en el tiempo de la creación de las normas por la vía de una remisión de las cláusulas convencionales al derecho derivado. En este sentido, se puede considerar que el Acuerdo de París es una suerte de nuevo Convenio Marco, que establece los fundamentos del régimen climático posterior a 2020 sin precisar todos los detalles”, LASSUS ST-GENIÈS, Gérard de, “L’Accord de Paris sur le Climat...”, ob. cit., p. 34.

(26) TEUBNER, Gunther, “Il diritto come sistema autopoiético”, Ed. Giuffrè, Milano, 1996; HABERMAS, Jürgen, “Facticidad y validez”, Ed. Trotta, 1998.

que exige de un mecanismo de renegociación permanente de alta intensidad.

Además de lo señalado, las evidencias de un mecanismo procedimental de autoconstrucción e implementación son claras:

a) Hay un procedimiento para comunicar las contribuciones nacionales que funciona periódicamente, cada 5 años, con la siguiente frecuencia: 2015, 2020, 2025, etc.; aquellas se someten a un “marco de transparencia reforzado”, que tiene como objetivo “facilitar el seguimiento de los progresos realizados en relación con las contribuciones determinadas a nivel nacional” (art. 13.5), lo que se logra a través de un “examen técnico por expertos” (art. 13.11).

b) Hay un procedimiento de revisión individual del contenido de las contribuciones por parte de los mismos Estados, acerca de las contribuciones nacionales, que puede hacerse en “cualquier momento”. c) Hay un procedimiento para una evaluación colectiva global, llamado “balance mundial”, realizado por la Conferencia de las Partes (art. 14.1), que tendrá lugar por primera vez en 2023 (art. 14.2) y que se hará —salvo que se decida otra cosa— cada cinco años, es decir, en 2023, 2028, 2033, etc. (27). Este balance mundial “aportará información” para que las partes “actualicen y mejoren, del modo que determinen a nivel nacional, sus medidas y su apoyo...” (art. 14.3).

Todo ello está enmarcado por el principio de progresividad en los “niveles de ambición” (arts. 3º y 4.3) y de obligaciones comunes pero diferenciadas, que, aunque sobre una base global —que alcanza a todos los Estados, de conformidad con el art. 2.2—, genera diferentes acciones y “velocidades”, como lo sugiere el art. 2.2, *in fine*.

Es decir, es un sistema jurídico en el cual los objetos y contenidos materiales se procedimentalizan, de modo que las normas fijan metas, objetivos y procedimientos que les permiten producir los contenidos; el derecho se repro-

duce, asimismo, recreando continuamente sus contenidos de manera adaptativa, luego evaluándolos mediante procedimientos preestablecidos, para nuevamente fijar contenidos que serán evaluados más adelante, *e così via*. En definitiva, mediante el trabajo de las Conferencias de las partes y del Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo, este se “mira a sí mismo” y se reproducen —ajustándolos— sus contenidos materiales.

II.2. El efecto de localización del Acuerdo de París

No obstante, lo que interesa destacar aquí es lo que podría llamarse el efecto de localización de la lucha contra el cambio climático, que significó un cambio de estrategia respecto de la que institucionalizó el Protocolo de Kioto.

El efecto de localización es el resultado de la combinación: a) del enfoque *bottom up* u horizontal que propone el Acuerdo de París, que sustituyó al enfoque vertical del Protocolo de Kioto y que se concreta centralmente en las contribuciones nacionales; y b) de la globalidad que plantea el Acuerdo de París, al generalizar las obligaciones a todas las partes, combinada con una versión más flexible del principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas.

Para ello hay que analizar previamente cómo surgieron las contribuciones determinadas nacionalmente y su naturaleza jurídica, y luego explicar la idea de generalización de las obligaciones y flexibilización de la división entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

II.2.a. La idea de las “contribuciones determinadas a nivel nacional”

Fue en la COP19 de Varsovia, en 2013 (28), en el período post Kioto, que se decidió abandonar la idea de “compromisos” nacionales en materia de mitigación y sustituir esa denominación por otra menos vinculante de “contribución prevista y determinada a nivel nacional”. En efecto, en 2013 se “invitó a las partes de la Convención de Cambio Climático a elaborar ‘contribuciones determinadas a nivel nacional’ (*INDCs: intended nationally determined contributions*)”, sin

(27) Con lo cual existirá un entrelazamiento entre los “ciclos de contribuciones” y los “ciclos de balances colectivos” de la eficacia de las contribuciones, lo que permitirá sugerir cambios o mayor nivel de ambición.

(28) Decisión 1/CP.19.

perjuicio de la naturaleza jurídica que vayan a tener (29).

Antes de la COP21/2015 más de 60 países habían comunicado sus contribuciones. En ese momento, cuando lo hicieron, no se sabía a ciencia cierta cuál era la naturaleza jurídica de esas contribuciones (30).

La idea central de las “contribuciones” es que su contenido no se determina globalmente, *top down*, sino *bottom up*, es decir, a partir de la decisión de cada país. De esta manera, cada país decide libremente cuáles serán sus acciones para reducir las emisiones (31), y luego en la COP20 en Lima se decidió establecer las precisiones que los Estados deben proporcionar al definir las contribuciones.

Luego, el Acuerdo de París adopta la idea en su art. 3º.

Posteriormente a la COP21, los Estados revisaron sus contribuciones y las volvieron a presentar.

II.2.b. ¿Cuál es el contenido de esas contribuciones nacionales?

El Acuerdo no precisa el tenor ni el contenido de esas contribuciones y, por tanto, de las obligaciones. Solo se sabe que deben estar orientadas a lograr el objeto general de rebajar

(29) Decisión 1/CP.19, parág. 2.b): “Invitar a todas las partes a iniciar o intensificar los preparativos internos en relación con las contribuciones determinadas a nivel nacional, sin perjuicio de su naturaleza jurídica, que tengan previsto realizar en el contexto de la aprobación de un Protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal en el marco de la Convención que sea aplicable a todas las partes para alcanzar el objetivo de la Convención enunciado en su art. 2º, y a comunicar esas contribuciones con suficiente antelación al 21º período de sesiones de la Conferencia de las partes (dentro del primer trimestre de 2015, en el caso de las partes que estén preparadas para hacerlo) de un modo que promueva la claridad, la transparencia y la comprensión de dichas contribuciones, sin perjuicio de su naturaleza jurídica”.

(30) KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, “Conférence Internationale de Paris...”, ob. cit.

(31) GODINEZ ROSALES, Rodolfo, “La ruta de Kioto...”, ob. cit., ps. 63-64.

la temperatura. Como sostiene José Juste Ruiz, “nada parece impedir (...) que las partes del anexo I de la CMNUCC que realicen esfuerzos de reducción de sus emisiones en el marco del Protocolo de Kioto puedan presentarlas como contribuciones determinadas a nivel nacional en el marco del Acuerdo de París” (32).

En la COP20 se decidió adoptar el “Llamado de Lima para la Acción Climática” (33), que avanza en precisar el contenido de las contribuciones nacionales. Así —se dice—, “conviene” que la contribución:

a) “deberá representar un avance con respecto a los compromisos actuales de esa parte”;

b) “que los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo podrán comunicar información sobre estrategias, planes y medidas de desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero que reflejen sus circunstancias especiales en el contexto de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional”;

c) “podrá incluir, entre otras cosas, según corresponda, información cuantificable sobre el punto de referencia (con indicación de un año de base, cuando proceda), los plazos y/o períodos de aplicación, el ámbito y la cobertura, los procesos de planificación, los supuestos y los enfoques metodológicos, incluidos los destinados a estimar y contabilizar las emisiones y, cuando sea el caso, las absorciones antropógenas de gases de efecto invernadero, y una indicación de los motivos por los que consideren que su contribución prevista determinada a nivel nacional es justa y ambiciosa, a la luz de sus respectivas circunstancias nacionales, y de la manera en que contribuye a la consecución del objetivo de la Convención, enunciado en su art. 2º”.

Asimismo, “se invita” a que los Estados “consideren la posibilidad de comunicar sus iniciativas en materia de planificación de la adaptación, o la posibilidad de incluir un componente de adaptación en sus contribuciones previstas determinadas a nivel nacional”, y a

(32) JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., p. 43.

(33) Decisión 1/COP.20.

que “comuniquen sus contribuciones previstas determinadas a nivel nacional (...) de un modo que facilite la claridad, la transparencia y la comprensión de esas contribuciones”.

A diferencia de la técnica del Protocolo de Kioto, que fijaba obligaciones cuantitativas de reducción de emisiones por país, el Acuerdo de París otorga muchísimo más margen de manobra a los Estados, pues: a) deja librada a los Estados la determinación de qué contribuciones para reducir el nivel de la temperatura global pueden y quieren hacer, las que b) no se limitan a la disminución de emisiones sino a mitigación y adaptación en general, lo que les da un contenido mucho más amplio; asimismo, c) en materia de mitigación les deja librada la elección del “nivel de ambición” que adoptarán y el “año de base” para tomar como punto de referencia (34).

II.2.c. La naturaleza jurídica de las “contribuciones”

El sistema jurídico del Acuerdo de París tiene como punto arquimédico de partida las “contribuciones determinadas a nivel nacional” (35).

Sin embargo, pese a toda la flexibilidad existente, es claro que a) los Estados parte “deben” hacer alguna contribución (36), b) deben seguir haciéndolas en el futuro cada cinco años, y c) que estas sucesivas no pueden ser menos ambiciosas que las anteriores (art. 4º, parág. 2º, AP).

Es decir que efectuar las contribuciones nacionales y hacerlo periódicamente (“mantener las sucesivas contribuciones”, arts. 4.2 y 13) es una obligación de todos los Estados parte del Acuerdo. En efecto, como se analizará luego, son obligaciones que alcanzan a todos los Estados, desarrollados y en vías de desarrollo, sin discriminación, que fue una de las grandes

cuestiones en la negociación del Acuerdo, pero de manera diferenciada.

De modo que existe una obligación de hacer las contribuciones, que a su vez contiene una obligación sustancial de no retroceder en los niveles de ambición, que es una obligación derivada de la adopción implícita del principio de no regresión y explícita del principio de progresividad (arts. 3º y 4º, parág. 3º, AP).

Además de ello, tienen la obligación —también sustancial— en el ámbito interno de tomar las medidas para cumplir con las contribuciones.

Todo esto conforma un complejo de obligaciones de hacer interrelacionadas, técnicamente delimitadas, que deben ser entendidas como obligaciones de resultado atenuado, pues el éxito de los resultados no integra el objeto de la obligación, aunque sí el “resultado técnico” que implica hacerlas (37). En otras palabras, son obligaciones de obtener un resultado técnico independiente de su eficacia.

Estas obligaciones de contenido flexible son acompañadas de obligaciones de tipo procedimental, que les dan mayor rigidez.

En efecto, a lo dicho se agrega la existencia de un sistema basado en el principio de comunicación transparente (art. 13, AP), de revisión y seguimiento de las contribuciones.

Las contribuciones deben ser revisadas y comunicadas por los Estados cada 5 años (art. 4º, parág. 9º, AP) con “transparencia” y de manera comprensible (art. 4º, parág. 8º, AP). No obstante, pueden revisarlas para “ajustar en cualquier momento su contribución determinada a nivel nacional que esté vigente” (art. 4º, parág. 11, AP).

Es decir que existe una obligación de hacer (preparar) contribuciones en materia de reducción de emisiones, mitigación y adaptación, y otra de comunicarlas de manera transparente y

(34) FERNÁNDEZ EGGA, Rosa M., “Los nuevos objetivos...”, ob. cit., p. 111.

(35) Por el contrario, el punto de partida del Protocolo de Kioto era la fijación de un zócalo global de reducción de emisiones acordado globalmente. Es decir, una especie de punto de partida global común.

(36) Las contribuciones se registran en un registro público que al efecto lleva la Secretaría (arts. 4º, parág. 12, y 7º, parág. 12).

(37) Esto las aleja de las obligaciones de medios puras, que consisten en colocar la diligencia debida, por ejemplo, hacer el “mejor esfuerzo” para alcanzar el resultado. En el Código Civil y Comercial argentino, las obligaciones de la Convención califican bajo el art. 744, inc. b).

comprensible, pero su contenido concreto está indeterminado.

La segunda —de comunicar— es claramente una obligación procedimental, que consiste en presentar las contribuciones en el tiempo y en las formas establecidas. La primera es una obligación sustancial de hacer y, aunque su contenido es indeterminado, consiste en una operación técnica concreta; es lo que se conoce como una obligación de medios agravada.

Finalmente, los Estados tienen una segunda obligación procedimental, que es revisar —de manera individual— las contribuciones efectuadas sin retroceder en los niveles de ambición planteados (art. 3º, segunda parte, AP), para lo cual tienen que montar un mecanismo interno de revisión periódica, lo que exige una evaluación y la construcción de indicadores para ello, a lo que se suma que el Acuerdo tiene un procedimiento de evaluación propio, que es colectivo y que consiste en elaborar un “balance mundial” del progreso de la aplicación del Acuerdo, y que tiene como primera fecha de cierre 2023 (art. 14, apart. 1º, AP).

De este modo, mediante los instrumentos procedimentales del Acuerdo, el efecto final que se logrará es que habrá “ciclos sucesivos de compromisos” (38), o mejor, “ciclos sucesivos de contribuciones”, que serán efectuadas cada cinco años —e incluso revisadas individualmente en cualquier momento—, y luego ciclos de balances, también cada cinco años, realizados colectivamente (39).

Un punto no menor es la relación entre estas contribuciones y el objetivo general de mante-

(38) KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, “Conférence Internationale de Paris...”, ob. cit.

(39) Hasta el momento, los ciclos no han podido ser temporalmente unificados, aunque existe un esfuerzo en ese sentido. Ello se debe a que, a partir de que, luego de la COP de Lima de 2014, se invitó a los Estados a efectuar sus contribuciones nacionales, muchos Estados lo hicieron; es decir, aun antes de la entrada en vigencia del Acuerdo de París, por lo que las fechas de cada contribución nacional y el cómputo del plazo de 5 años se comienzan a contar desde fechas muy diferentes, según el Estado y cuándo este haya presentado su primera contribución nacional.

ner la temperatura global por debajo de 2°C y luego reducirla a menos de 1,5°C respecto de la era preindustrial [art. 2º, parág. 1.a)], lo que significa un cambio de estrategia en relación con la estrategia de reducción de emisiones que el derecho internacional del clima mantenía como idea rectora hasta el Protocolo de Kioto (40). En efecto, en el Acuerdo de París hay un cambio de estrategia: en vez de luchar por reducir las emisiones que son la causa principal del calentamiento, la idea es luchar por mantener el aumento de la temperatura global, para lo cual se emplea la idea de aumentar el “nivel de ambición”. La nueva estrategia, que fue lanzada en la COP15 de Copenhague de 2009, encierra otro cambio no menor, que es no limitarse a la disminución de emisiones de gas, sino ampliar las acciones incluyendo otros dos grupos de acciones destinadas a “mitigar” el cambio y a “adaptarse” al cambio. En lo que se refiere a la obligación de realizar las contribuciones nacionales, esta finalidad funciona como la “eficacia final”, que, no obstante quedar fuera del objeto de la obligación sin que sea exigible a cada Estado en particular, funciona como un fin hacia el cual se orienta la evaluación de los resultados alcanzados y orienta el cumplimiento.

II.2.d. La flexibilización del principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas

El Acuerdo de París adoptó una versión del principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas del derecho internacional ambiental y de la regulación internacional del cambio climático, que evita la división binaria entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

En efecto, uno de los puntos críticos de la negociación del Acuerdo post Kioto era que el Protocolo fijaba obligaciones de mitigación y, en particular, de disminución de emisiones solo a los países desarrollados, dejando fuera a los países en vías de desarrollo, por imperio del principio antes mencionado.

Como señalé, el Acuerdo de París generalizó las obligaciones a todos los Estados parte, sin diferenciar a estos fines —ser sujetos pasivos de las obligaciones del Acuerdo— entre Estados desarrollados o en vías de desarrollo.

(40) JUSTE RUIZ, José, “El tercer pilar...”, ob. cit., ps. 33-35.

Sin embargo, al mismo tiempo, introdujo un mecanismo de flexibilización del cumplimiento de las obligaciones, “teniendo en cuenta la necesidad de apoyar a las partes que son países en desarrollo para lograr la aplicación efectiva del presente Acuerdo” (art. 3º, *in fine*); en particular, esto se plasma en el “marco de transparencia reforzado” (art. 13), que favorece a los países en vías de desarrollo “que lo necesiten” (art. 13.2.), es decir, considerando “las diferentes capacidades de las partes y basado en la experiencia colectiva”.

II.2.e. El resultado final: efecto de localización

En definitiva, las obligaciones de los Estados de adaptación y mitigación surgen *bottom up* y, en consecuencia, se las ha nacionalizado (41), lo que significa en el plano de los procesos de globalización que se trata de un globalismo que se localiza (42).

En efecto, como se ha explicado (43), en las dinámicas del mundo global hay procesos de globalización y de localización complementarios; si se acepta que esto es así, es porque existen actores que en determinados momentos “trabajan” para generar procesos de globalización, y actores —que pueden ser los mismos— que en otros momentos hacen lo propio para que una formación global se localice.

El efecto de localización es producto de que el Acuerdo de París estableció la “contribución prevista y determinada a nivel nacional” (arts. 3º a 6º).

En este contexto, como se analizará, los procesos de litigación climática pueden contribuir a reforzar ese proceso de localización si no son complementados con una estrategia que corrija este efecto potencial.

(41) FERNÁNDEZ EGEE, Rosa M., “Los nuevos objetivos...”, ob. cit., p. 109.

(42) SANTOS, Boaventura de Souza, “La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”, Ed. Universidad Nacional de Colombia — ILSA, Colombia, 1996.

(43) SANTOS, Boaventura de Souza, “La globalización del derecho...”, ob. cit., ps. 56 y 57.

En efecto, la profundización del efecto de localización terminaría por diluir definitivamente el principio de obligaciones comunes pero diferenciadas, aun flexibilizado, como es recogido en el Acuerdo de París, al generar que algunas contribuciones nacionales determinadas, donde los tribunales fueran más permeables a las acciones contra el Estado Nacional —los tribunales del sur global— o los Estados subnacionales, sean exigidas judicialmente, y en otros no —los tribunales del norte global—.

III. La litigación climática en los procesos de globalización del campo legal

III.1. La litigación climática como proceso de globalización del campo legal

En el campo de la globalización del derecho suele señalarse que uno de sus subproductos es la circulación de los modelos legales y de los contratos, generando el primero un fenómeno de “recepción” o “préstamos legales” irreflexivos, y el segundo, un proceso de “inmunización” de los contratos.

Es absolutamente cierto que contemporáneamente existe un alto nivel de circulación de los modelos jurídicos, mucho más acelerado, irreflexivo y sutil que el que permitía el derecho moderno en la primera modernidad, y que esa circulación se encuentra facilitada por diversos factores que van desde el gran “dinamismo de los espacios”, consistente en la fuerte interdependencia y conexidad (44), a la prevalencia creciente de la “tecnicidad” en la construcción de las respuestas jurídicas, la imitación y “la creación de módulos jurídicos capaces de atravesar confines” (45).

La circulación del derecho global en los territorios nacionales se da a través de procesos relativamente nuevos, que en general pueden ser agrupados bajo la etiqueta de “trasplantes jurídicos” y “circulación de modelos” jurídicos (46).

(44) FERRARESE, María Rosaria, “Diritto sconfinato. L’inventiva giuridica e spazi nel mondo globale”, Ed. Laterza, Italia, 2006, p. 10.

(45) FERRARESE, María Rosaria, “Diritto sconfinato...”, ob. cit., p. 18.

(46) FERRARESE, María Rosaria, “Prima lezione di diritto globale”, Ed. Laterza, Italia, 2012, ps. 71-72.

Las vías por las cuales esos “trasplantes se producen son muy variadas”: la actividad de los profesores que importan teorías jurídicas (47), los jueces nacionales que emplean proyectos o recomendaciones que funcionan como *soft law* o la jurisprudencia de tribunales internacionales en los cuales el país no ha sido parte.

Por el contrario, lo que ocurre en los tribunales no suele relacionarse con la globalización del campo legal; sin embargo, existe una creciente globalización de la litigación, que es el producto de diversos factores: el protagonismo alcanzado por las organizaciones no gubernamentales en el plano global e internacional, la internacionalización de las organizaciones no gubernamentales, la existencia de coaliciones globales de organizaciones no gubernamentales, etcétera.

La litigación por el cambio climático es un fenómeno global, porque existe un modelo de litigación para luchar por el derecho a un clima estable para las generaciones futuras que se expande globalmente, centralmente a través de la recepción que hacen de este modelo las organizaciones no gubernamentales. Lo que puede verse claramente por las referencias que se hacen de un litigio a otro (48) y porque los litigios se alimentan mutuamente (49); en este contexto, los “modelos” más conocidos que suelen citarse en los demás son el caso “Urgenda” y “Juliana”.

Esta es, desde mi perspectiva, la primera lección que puede extraerse: la aproximación a la

problemática de la litigación climática debe hacerse en el marco del debate en torno a la globalización o las globalizaciones del derecho que dé cuenta de que no solo circulan los modelos regulatorios —la ley y el contrato—, sino también los modelos de litigación.

III.2. La litigación climática entre los procesos de globalización del campo legal

Los procesos de globalización del derecho son plurales y heterogéneos. No todos se inscriben en la misma racionalidad. El derecho global es un fenómeno emergente y altamente heterogéneo. Observarlo en su totalidad es imposible; las “formaciones globales” del derecho son muy específicas, cada una tiene una fisonomía propia.

Estos procesos de globalización del derecho constituyen dinámicas por las cuales se producen, se generan y luego se localizan diversas formaciones jurídicas globales.

Boaventura de Souza Santos señala que existen dos tendencias bien acentuadas que tienden a atraer a diferentes formaciones jurídicas globales, que se inscriben bajo la racionalidad de cada una de estas dos tendencias y que producen finalmente lo que Santos denomina “campos jurídicos transnacionales” (50); en este sentido, puede sostenerse que existe una racionalidad neoliberal que predomina en la escena de la globalización, orientando preponderantemente su sentido, y que existe otra orientación que apunta a las formaciones globales solidaristas (51).

Este proceso de globalización presenta, a mi modo de ver, dos problemas: a) el riesgo de trasposición de problemas originados en la coyuntura técnico-legal de los países del hemisferio norte hacia el hemisferio sur, en particular hacia América Latina, que tienen una realidad jurídica muy diferente; b) el riesgo de contribuir a colocar en un segundo plano en este tema el

(47) BONILLA MALDONADO, Daniel, “Teoría del derecho y trasplantes jurídicos”, Ed. Siglo del Hombre — Universidad de los Andes — Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2009.

(48) Los abogados de las diferentes ONG que participan activamente en la litigación climática cooperan entre sí y, además, “...comenzaron a citar del contencioso comparado en su demanda, para vencer al juez nacional de la emergencia de un movimiento transnacional de justicia climática. Por ejemplo, en la decisión ‘Juliana’, el juez estadounidense hace referencia al éxito judicial de la decisión ‘Urgenda’ (aunque todavía esté en apelación) para ilustrar e incluso confirmar su razonamiento jurídico”, CHRISTEL COUNIL, “Les convergences des actions climatiques contre l’État...”, ob. cit., p. 253.

(49) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, Ed. Odile-Jacob, París, 2019, p. 41.

(50) SANTOS, Boaventura de Sousa, “La globalización del derecho...”, ob. cit., ps. 265 y ss.

(51) SANTOS, Boaventura de Sousa, “Os processos da globalização”, en AA.VV., *A globalização e as ciências sociais*, Ed. Cortez, Brasil, 2002.

principio de las “obligaciones comunes pero diferenciadas”.

Es que, aunque la globalización impulsada por las organizaciones no gubernamentales ha sido tradicionalmente identificada como parte de la globalización contrahegemónica, en los hechos este proceso impulsa la difusión global de la mirada del norte global en este tema, empleando categorías conceptuales y teóricas formuladas en el norte global. Por consiguiente, sin los ajustes necesarios a la estrategia, los mismos reparos que pueden hacerse a la globalización hegemónica del derecho caben a la litigación climática, con el agravante de “trasladar” problemas inexistentes en estas latitudes.

Por ello, una perspectiva atenta exige practicar un ejercicio de adaptación reflexiva de este modelo de litigación; no solo obligadamente por las circunstancias locales, sino también derivada de una posición crítica con la globalización, centrada en cómo se problematizan jurídicamente los grandes asuntos.

El segundo riesgo es contribuir a producir una sobrecarga sobre los estados de los países que menos han contribuido al cambio climático. Hay que asumir el riesgo de que esta litigación por el cambio climático contra el Estado contribuya a “localizar” la lucha contra el cambio climático (52) y sobre todo las respuestas.

En cambio, si se piensa en la litigación contra las empresas transnacionales en este orden, el sentido de la lucha cambia y puede perfectamente inscribirse en un proceso de globalización del derecho contrahegemónico.

(52) La idea de que la litigación climática contribuye a “localizar” la lucha contra el cambio climático se refiere al hecho de que constituye una especie de complemento de la estrategia del Acuerdo de París. En efecto, la litigación climática de “gran envergadura” tiene como condición de posibilidad el hecho de que el Acuerdo de París, si bien no establece cuál es el compromiso que asumen los países signatarios de reducción de sus emisiones, sí establece un objetivo común y el compromiso de implementar reducciones a nivel nacional cada vez más estrictas (art. 3º, parág. 3º), con lo cual, si bien nadie puede demandar a un Estado que reduzca a un cierto nivel sus emisiones, sí puede demandarse que las reduzca.

IV. El estado del arte sobre litigación climática

La litigación climática es un movimiento global centralmente impulsado por las organizaciones no gubernamentales (53) —aunque asimétrico en las diferentes geografías; por ejemplo, se concentra principalmente en el hemisferio norte— en el que se incluye “todo litigio administrativo o judicial sea federal, estatal, tribal o local por el cual las decisiones de los tribunales levantan directamente y de manera expresa a cuestiones de hecho o de derecho concernientes al fondo o a las causas e impactos de la política climática” (54).

En una palabra, se incluyen en esta etiqueta de “litigación climática” solo los litigios que se refieren centralmente a la política de cambio climático y su regulación jurídica, y no se incluyen los litigios que de manera colateral se vinculan con el cambio climático.

La primera cuestión que hay que señalar es que los procesos climáticos son hoy muy numerosos —en 2020 sobrepasaban los 1500 (55)—, y puede hablarse de una verdadera “ola” de acciones judiciales (56); van permanentemente *in crescendo* y, como señalé, guardan una relación directa con la nacionalización de las políticas de lucha contra el cambio climático que ha promovido el Acuerdo de París.

(53) Sobre esto, ver el análisis de CHRISTEL COURNIL, “Les convergences des actions climatiques contre l’État...”, *ob. cit.*, ps. 231-247.

(54) WILENSKY, Meredith, “Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation”, 26 *Duke Envtl. L. & Pol’y Forum* 131, 134 (2015), que adopta la definición elaborada por MARKELL, David — RUHL, J. B., “An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?”, 64 *Fla. L. Rev.* 15, 27 (2012), cit. en nota 12 de PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L’ENVIRONNEMENT, “L’état du contentieux climatique: revue mondiale”, misión DEL/2110/NA, mayo 2017.

(55) United Nation Environment Programme “Global climate change litigation report”, 2020 Status Review. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=1>

(56) Son muchísimos los casos; es un verdadero movimiento global. Puede consultarse UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, “The Status of Climate Change Litigation. A Global Review”, mayo 2017.

Existen dos subtipos de litigios climáticos que se han identificado en la literatura sobre el tema: a) las acciones contra los Estados nacionales; y b) las acciones contra las empresas dedicadas a la extracción de combustibles fósiles. Ambos tienen, obviamente, objetivos diferentes e implicancias políticas absolutamente distintas.

Los litigios climáticos contra los Estados se insertan en la trayectoria de evolución de la regulación internacional del clima; una parte de ellos fueron montados en el período post Kioto, frente al fracaso del multilateralismo en arribar a un nuevo Acuerdo obligatorio; otra parte, quizá la más significativa, es posterior a la aprobación del Acuerdo de París, y constituye una respuesta de la sociedad civil a la inacción o falta de ambición de los Estados nacionales.

Los litigios climáticos contra las empresas son en gran medida independientes de la trayectoria de la negociación internacional de la regulación del clima, y tienen una historia que, aunque reciente, es más antigua que la del otro grupo.

Los litigios climáticos contra los Estados se pueden subclasificar, considerando su objeto como: a) de “gran amplitud”, cuando se pone en cuestión la política estatal de lucha contra el cambio climático en general y cómo se la lleva a cabo; y b) de “pequeña envergadura”, cuando se refieren a proyectos (v.gr., de ampliación de aeropuertos) que tienen consecuencias en relación con el cambio climático y en los cuales lo que se cuestiona es el estudio de impacto (57).

Los casos de “gran amplitud” se presentan contra los Estados y cuestionan la política climática en general, por su insuficiencia o “falta de ambición”, y colocan el acento en el incumplimiento por parte de estos Estados de las obligaciones asumidas en materia de lucha contra el cambio climático, centralmente en el Acuerdo de París (58).

(57) PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT, “L'état du contentieux climatique: revue mondiale”, ob. cit.

(58) Aquí hay que distinguir con cuidado; una cosa es el “objetivo”, que en general es marcar el incumplimiento de las “obligaciones” del Acuerdo de París, y otra es el tejido de derecho que se utiliza para fundar la existencia de estas obligaciones, que puede incluir, además, tratados

Hay tres casos que pueden calificarse como “emblemáticos” contra los gobiernos nacionales, que son relevantes por diferentes razones.

El primero de ellos es “Juliana vs. USA” (59). Este caso es parte de un grupo de casos que se han planteado en los Estados Unidos por la ONG “Our Children Trust” (60). Se desarrolla ante los Tribunales Federales del Estado de Oregón (2015), y allí se discutió sobre la base de la *public trust doctrine* si debía admitirse el caso, y finalmente se le hizo lugar. El objeto del litigio es cuestionar la política de lucha contra el cambio climático del gobierno federal, por no llevar adelante una política para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que permitan alcanzar el objetivo de evitar un aumento de la temperatura global de más de 2 grados. Entre otros aspectos novedosos del caso, la ONG empleó la idea de litigar por el derecho de las generaciones futuras representando a un grupo de 21 niños y niñas (61), idea que luego fue replicada en muchos otros casos. El caso es significativo, pues aquí excepcionalmente la acción judicial fue admitida para su decisión final, habiendo superando los test existentes en los tribunales norteamericanos para esto (62).

El segundo es el caso “Urgenda” (63), iniciado por la ONG Urgenda en representación de casi

de derechos humanos, derechos constituciones o leyes nacionales.

(59) “Juliana vs. United States”, case 6:15-cv-01517-TC, Opinion and Order (10/11/2016), US District Court, District of Oregon, <https://elaw.org/us.juliana.mtd>.

(60) Véase <https://www.ourchildrenstrust.org/>.

(61) Puede ampliarse, entre otros, en VILASECA BOIXAREU, Isabel — SERRA CALVÓ, Jordi, “Litigación climática y separación de poderes: una aproximación a la cuestión a través de decisiones judiciales de los Estados Unidos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IX, nro. 2 (2018): 1-42. MOUGEOLLE, Paul, “Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, ‘Juliana’ contre l’Administration Trump”, *La Revue des Droits de l’Homme* [en línea], *Actualités Droits-Libertés*, puesto en línea: 19/03/2018, consultado: 20/04/2019, <http://journals.openedition.org/revdh/3791>; DOI: 10.4000/revdh.3791.

(62) Puede verse la línea del tiempo del caso en <https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us>.

(63) “Foundation vs. The Netherlands” [2015], HAZA C/09/00456689 (24/06/015); aff’d (09/10/2018) [District Court of The Hague, and The Hague Court of Appeal (on

900 ciudadanos holandeses contra el gobierno de Holanda (64), cuestionando la falta de ambición de la política de lucha contra el cambio climático del gobierno, en particular, de reducción de emisiones. El objeto de la pretensión fue que se condene al gobierno holandés —que había asumido una contribución voluntaria de bajar el 20% de las emisiones antes de 2020— a aumentar su ambición a 25% para el mismo período. La acción obtuvo una sentencia favorable en primera instancia de un tribunal distrital de La Haya, del 24/06/2015. El gobierno de Holanda recurrió la sentencia, y el 09/10/2018 la Corte de Apelaciones de La Haya dictó la sentencia de segunda instancia, que confirma lo decidido por el primer tribunal que intervino. El tribunal juzgó que las metas de reducción de emisiones que había alcanzado el gobierno hasta el momento eran insuficientes, y que debían alcanzar el 25% en 2020 en relación con el nivel de emisiones de 1990. Pese a que se trata de una acción de responsabilidad civil, en este aspecto fundada en el Código Civil holandés, la condena no fue a reparar, sino a cumplir en el futuro los compromisos internacionales. El objetivo del caso “Urgenda” (65) y su técnica han sido replicados en otros países.

appeal)], <https://elaw.org/nl.urgenda>.15. PAREJO NAVA-JAS, Teresa, “La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 177, abril-junio 2016, ps. 259-279; TORRE-SCHAUB, Marta, “L’affirmation d’une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la Cour du District de La Haye du 24 juin 2015)”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 29-1, 2016, ps. 161-183, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2016_num_29_1_2233; RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel, “Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VII, nro. 2 (2016): 1-38.

(64) TORRE-SCHAUB, Marta, “La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de District de La Haye du 24 juin 2015”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nro. 3, julio-septiembre 2016, *Working paper*.

(65) Por ejemplo, “Ashgar Leghari vs. Federation of Pakistan” (W.P. 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, https://elaw.org/PK_AshgarLeghari_v_Pakistan_2015. Es una acción iniciada por un agricultor pakistaní contra su gobierno en 2015, basada en el derecho fundamental a la vida establecido por el art. 9º de la Constitución de Pakistán. También en Inglaterra, en el caso planteado por la ONG Plan B, aunque con resultado negativo.

En América del Sur es ineludible el renombrado caso de Colombia, en el cual la ONG Dejusticia inició, en el marco de su política de litigación estratégica en el campo ambiental, una “acción de tutela” (66) contra el gobierno nacional, apoyada en la representación de un grupo de niños y niñas, alegando el derecho colectivo al ambiente y otros derechos fundamentales conexos, como el derecho a la vida, al agua, a la alimentación (67). El objetivo de la acción fue “superar la crisis socioambiental en la Amazonía, que se adopten las siguientes medidas: a) Plan de acción para reducir la deforestación a cero para el año 2020. b) Acuerdo Intergeneracional para reducir la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero. c) Ordenar a los municipios de la Amazonía colombiana que actualicen su POT. d) Moratoria de las principales actividades que son motores de deforestación. Investigación por parte de la Fiscalía de las actividades ilícitas generadoras de deforestación” (68). La sentencia (69) hizo lugar a la acción y alcanzó un altísimo nivel de visibilidad, por dos motivos: el primero fue que el tribunal concedió al Amazonas el estatuto de sujeto de derecho, y el segundo, que se trata del primer caso latinoamericano exitoso de “justicia climática”. Marginal, pero no por ello menos fundamental, es el reconocimiento expreso que hace el tribunal del hecho de que “La humanidad es la principal responsable de este escenario” en el que contemporáneamente se encuentran los sistemas

(66) En el campo de los derechos colectivos, como el derecho al ambiente, la acción de tutela es subsidiaria de la acción popular. Para proteger un derecho colectivo, el instrumento que en el derecho colombiano se emplea en primera línea es la acción popular; la acción de tutela solo procede para proteger derechos colectivos cuando se acredita que existen daños a derechos individuales. CABEZAS, Nicolás, “Un nuevo reto para la Administración: el reconocimiento de la selva del Amazonas como sujeto de protección por el juez de tutela”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nro. 20, segundo semestre 2018, ps. 465-483.

(67) Se trata de una amalgama de las dos categorías de derechos que regula la Constitución colombiana: los derechos individuales y los derechos colectivos, CABEZAS, Nicolás, “Un nuevo reto para la Administración...”, ob. cit., ps. 465-483.

(68) “Defensa Climática de la Amazonía Colombiana”; disponible en <https://www.dejusticia.org/>.

(69) CS, sentencia de 05/04/2018, STC 4360/2018.

naturales, lo que significa ni más ni menos que reconocer que vivimos en el Antropoceno y la asociación entre biodiversidad y cambio climático, que le da un estilo propio.

En general, estos tres casos anteriores pueden ser reagrupados como “casos de alto impacto”, en los cuales existe una falta de acción respecto del clima por parte del Estado, que no reduce las emisiones o no adopta otras medidas de mitigación o de adaptación.

Finalmente, hay un subgrupo de casos contra los Estados en los cuales el problema central no es la “inacción climática”, sino que el Estado otorga un permiso o autorización para la realización de una obra pública o la explotación de un recurso natural sin que en el proceso de evaluación de impacto ambiental los aspectos climáticos hayan sido considerados, y que más arriba llamé de “pequeña envergadura”, aun cuando la finalización y puesta en marcha de la nueva infraestructura suponga aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero, en vez de reducirlas.

En el punto que sigue analizo los casos de la litigación climática con base en los tópicos que son objeto de debate.

V. Los tópicos centrales de la litigación climática

¿Cómo pueden traducirse en el contexto del derecho argentino estas experiencias de las acciones climáticas? Para explicar esto es necesario analizar cuáles son los tópicos nucleares de esas acciones judiciales de justicia climática.

V.1. El descubrimiento del bien “clima”

Las acciones por el clima son litigios estructurales (70) y de impacto (71). Una pieza importante de esta litigación es el objetivo que persiguen los actores, de que los jueces reco-

nozcan la existencia del clima como bien jurídico protegido.

Puede afirmarse entonces que un primer objetivo de esta litigación es obtener la declaración de parte de los jueces de que el clima es un bien, y a partir de allí lograr medidas adecuadas para preservar el sistema climático para las generaciones futuras (72).

Desde hace tiempo, la dogmática jurídica trabaja sobre la idea de que el clima es un bien común. En particular, se ha tratado de sostener que es un “bien público mundial”, que se clasifica en diversos subtipos, entre los cuales estarían los “bienes públicos mundiales naturales” y, entre ellos, la capa de ozono y la estabilidad del clima (73).

En los Estados Unidos, un subtipo de estas acciones climáticas, apoyadas en la *public trust doctrine*, intentan que se reconozca a la atmósfera como un bien público que integra el *public trust*.

A su vez, en el caso colombiano del Amazonas, el bien es el Amazonas, es decir, la biodiversidad, que debe ser protegida de la deforestación y que se conecta con el clima estable para las generaciones futuras por el impacto que este fenómeno de continua deforestación de la selva tiene sobre la estabilidad del clima.

En Argentina, evidentemente este tipo de litigación constituye una oportunidad para discutir la existencia de ciertos bienes como “bienes comunes”. Judith Rochfeld defiende esta perspectiva por razones simbólicas y de eficacia (74). Varios avances existen ya en este sentido. En especial, la Corte Suprema ha dicho varias ve-

(72) TORRES SHAUB, Martha, ob. cit.

(73) CHEVALIER, Emilie, “Du patrimoine commun aux biens public mondiaux”, en AA.VV., *Les biens communs environnementaux: quel(s) statut(s) juridique(s)?*, Ed. Pulim, Limoges, 2017, p. 53.

(74) Razones simbólicas: este tipo de acciones judiciales no pueden fundarse solo en la existencia de derechos individuales sino también “encarnar el interés de la comunidad”; razones de eficacia: para responsabilizar al Estado, nada mejor que señalar que existen bienes comunes que él tiene obligación de proteger en beneficio de toda la comunidad, ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, ob. cit., p. 64.

(70) Sobre esto ver PUGA, Mariela, “Litigio estructural”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año I, nro. 2, noviembre de 2014, ps. 41-82.

(71) CORREA MONTOYA, Lucas, “Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho”, *Opinión Jurídica Medellín*, vol. 7, nro. 14, julio-diciembre 2008, Colombia, ps. 149-162.

ces que el ambiente es un macrobien de carácter colectivo y que sus elementos, como el agua, son microbienes también colectivos; son colectivos por las mismas razones que los bienes son considerados comunes en el campo de la economía: son indivisibles e inapropiables. El clima como tal es un bien claramente indivisible, pues no existen ni estrategias tecnológicas ni políticas para dividirlo y poseerlo; por tanto, no es apropiable. Se trata de un “ejemplo ideal” de bien común. Pero no es un bien común de “pequeña escala” (75), sino de gran escala, de escala global; a estos bienes comunes de gran escala se les ha dado en llamar *global commons*.

V.2. La justiciabilidad de la política de cambio climático

La segunda cuestión es la justiciabilidad de estos planteos. Esta problemática ha tenido gran centralidad en la litigación climática en los Estados Unidos y ha sido el freno para que este tipo de litigios —salvo excepciones, como el caso “Juliana”— se desarrolle.

En los Estados Unidos, la cuestión es si el Poder Judicial puede o no encargarse de resolver el problema de la ineficiente aplicación de políticas públicas en relación con el ambiente por parte de los gobiernos. Como anticipé, la gran mayoría de las sentencias niegan la competencia de los tribunales para poder establecer cuáles son las medidas que deben formar parte de una política de cambio climático, salvo casos excepcionales, como en el caso “Juliana”.

Esta construcción de los Estados Unidos —muy similar a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina— ha generado un valladar importante para establecer las políticas de cambio climático.

En los Estados Unidos existen tres teorías que hicieron declinar la competencia del tribunal.

La primera es la teoría de la “cuestión política” (*political question doctrine*). Consiste en analizar si es una decisión que puede ser resuelta por un poder contramayoritario del Estado, como

es el Poder Judicial, o, por el contrario, se trata de una cuestión que solo puede ser decidida por los poderes del Estado que son mayoritarios. Entonces, ¿cuándo una cuestión es política? Cuando los análisis “no pueden ser acotados judicialmente”, es decir, el tribunal se ve obligado a “hacer juicios políticos de naturaleza legislativa”. Para poder delimitar esto, en los Estados Unidos existe un test que explica cómo debe ser canalizada esta política, que se conoce bajo el nombre de “test de Baker”. En el caso de los litigios climáticos se ha considerado en general que los planteos de las políticas de cambio climático que han sido presentados ante la justicia no superan este test, y han quedado trabados en el problema de la admisibilidad de la acción. Los tribunales han sostenido que estas acciones persiguen “imponer al gobierno obligaciones fiduciarias sujetas a parámetros específicos y formuladas como acciones concretas”, lo que no es resorte del Poder Judicial. Esta ha sido la tendencia casi uniforme en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Una excepción ha sido el caso “Juliana”, y por ello es considerado una enorme victoria de la litigación climática; en este caso, la Corte de Circuito del Estado de Oregón admitió la acción porque consideró que, aunque las cuestiones de cambio climático tienen implicancias en la esfera política internacional, no son en esencia decisiones de política exterior, es decir que una eventual decisión judicial en este tema no contradice los compromisos internacionales del Estado en materia de cambio climático si ordena ir por encima de ellos.

La segunda teoría, también muy conocida en el derecho argentino, es la teoría de la división de poderes, que nos hace pensar si admitir estas acciones no implica un intercambio de funciones entre los poderes del Estado. En efecto, según la teoría de la división de poderes, ningún poder del Estado puede asumir funciones que le caben a otro poder, salvo que la Constitución así lo permita, pues estaría invadiendo las competencias de este último. El riesgo es alto, porque sabemos que decidir sobre la política de cambio climático no es una función del Poder Judicial, y cuando el Poder Judicial analiza estas cuestiones de cambio climático está sustituyendo la función que en realidad le corresponde a otro poder del Estado. En los Estados Unidos, para establecer esto existe un test específico que tiene dos partes: a) hay que analizar si un poder

(75) OSTROM, Elinor, “El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011.

“somete indebidamente el margen de actuación del otro” poder (*undue burden inquiry*); y b) “si un poder ejerce funciones que corresponden a otro poder” (*functions inquiry*).

En tercer lugar, en los Estados Unidos se analiza si la decisión no produce un desplazamiento del *common law* por las normas de derecho administrativo.

V.3. Cuáles son los derechos que se movilizan

V.3.a. Los derechos fundamentales

En algunos de los casos seleccionados se recurre al derecho constitucional ambiental: por ejemplo, en el caso “Urgenda”, al art. 21 de la Constitución de Holanda (76); en el caso “Klimatzaak” (77), al art. 23 de la Constitución de Bélgica; en el caso “Amazonas”, al art. 79 de la Constitución de Colombia; en el caso de las “Abuelas Suizas” (78), al derecho constitucional a la salud. En “Urgenda”, el art. 21 de la Constitución de Holanda señala que es un deber del Estado “velar por la habitabilidad del país”, en clara referencia a la relación entre el territorio y el mar; en el caso, esta norma jugó un rol muy relevante, pues de ella el tribunal derivó la existencia de un deber de actuar, al que consideró un “deber de cuidado” por parte del Estado holandés para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Los derechos fundamentales, incluso los económicos, como el derecho a desarrollar la industria lícita, han jugado un rol remarcable diluyente de la idea de que existe un “bien común” que hay que proteger (79).

(76) Que es una norma muy particular en el derecho constitucional ambiental comparado que protege la habitabilidad del territorio.

(77) Es una ONG belga que se centra en la lucha climática. Es una acción judicial iniciada en Bélgica en 2014, conocida como el *affaire* “Climat ASBL”, por 58.586 ciudadanos contra las cuatro autoridades gubernamentales belgas que son competentes, con el objetivo de que adopten una política climática más ambiciosa: <https://affaire-climat.be/>.

(78) Llevado adelante por una ONG llamada “Ainéés pour la Protection du Climat”, creada en agosto de 2016 al efecto. En noviembre de 2016 iniciaron la acción judicial: <https://ainees-climat.ch/>.

(79) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, ob. cit., ps. 76-78.

Desde la perspectiva de algunos países de América del Sur, entre los cuales están la Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Bolivia, existen, además de derechos fundamentales individuales, derechos fundamentales colectivos y, entre ellos, el derecho al ambiente, por lo que el problema de dilución o dispersión no se presenta en principio; cambia la fisonomía de la argumentación y aparecen problemas específicos.

Por ejemplo, la pregunta que se planteó en Colombia es: ¿pueden protegerse derechos colectivos al ambiente mediante la acción de tutela? Esto se plantea en Colombia porque existen dos acciones judiciales posibles para proteger los derechos colectivos: por un lado, la ya mencionada acción de tutela; y, por otro, la acción popular. La doctrina judicial de la Corte Constitucional en esta materia es que sí se puede utilizar la acción de tutela para proteger derechos colectivos al ambiente, pero de manera indirecta, es decir que debe existir una conexidad entre la violación de los derechos individuales —por ejemplo, a la salud— y los derechos colectivos, de modo que salvaguardando los derechos individuales se salvaguarden los colectivos. En el caso “Amazonas”, al explicar la conexidad, la Corte Constitucional utilizó el principio de precedencia: “los derechos fundamentales a la vida, la salud, mínimo vital, la libertad y la dignidad humana están ligados sustancialmente y determinados por el entorno y el ecosistema”.

En Argentina, una invocación de derechos fundamentales individuales de un grupo de personas —como el derecho a la salud, por ejemplo— genera en principio la fisonomía de un caso sostenido en “intereses individuales homogéneos”. No hay problema con ello; es posible fundar una acción colectiva en intereses de este tipo, pero siempre que se explique cuál es el cemento que los une, es decir que existen elementos comunes —una causa fáctica o jurídica común— y que esos elementos son “preponderantes” por sobre los elementos individuales (80).

Por ello es relevante sostener, además, que en este tipo de casos existe un riesgo o perjuicio para un “bien colectivo o común”, sobre el cual

(80) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo”, AR/JUR/182/2009.

existen derechos “de incidencia colectiva sobre bienes colectivos”.

Puede servir para este apartado un considerando de la Corte donde aborda el límite a los derechos individuales para la tutela de los bienes colectivos, en la causa “Barrick” (81): “21. Que, así, la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental. En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de ‘justicia climática’ entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva —y de un carácter especialmente novedoso—, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar ‘modalidades de consumo y producción sostenibles’ en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25/09/2015 (A/REs/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12). En suma, el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 —acreditada que fuera la existencia de una causa judicial— debe ser

(81) CS, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, LL AR/JUR/47069/2018, acceso el 08/01/2020.

analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados”.

V.3.b. Los derechos humanos

Se han empleado también los derechos humanos a la alimentación, a la vida (art. 2º, CEDH), a la salud y a la vida privada y familiar (art. 8º, CEDH); por ejemplo, en los casos “Urgenda”, los arts. 2º y 8º, CEDH; “Amazonas”; “Abuelas Suizas” de 2016 (82), “Klimatzaak”.

El tribunal no aplicó la CEDH en el caso “Urgenda”, debido a que se trataba de una persona jurídica que no era titular de un interés difuso y no tiene por consiguiente daños directos. En consecuencia, no se basó para decidir en los derechos humanos al ambiente —derecho considerado implícito en los arts. 2º y 8º de la CEDH—.

En el caso “Amazonas” se empleó la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que consagra derechos humanos a la vida, a la alimentación, etc., para reforzar el derecho constitucional al ambiente alegado (art. 79, Constitución de Colombia). En Colombia, el derecho al ambiente es, como adelanté, un derecho colectivo, que entonces se sostuvo, en el caso, juntamente con derechos individuales. Esta cuestión es clave para la admisibilidad de la acción de tutela, como se analizó.

V.3.c. El rol del derecho internacional ambiental

Además de los derechos constitucionales y los derechos humanos, en estos casos suelen invocarse obligaciones existentes en el orden internacional, en particular en el Acuerdo de París.

Como se verá, la discusión central aquí es si del Acuerdo de París derivan obligaciones de los Estados exigibles por los individuos.

Así, por ejemplo, en el caso “Amazonas” se invocó el orden público internacional y la obligación de reducir a cero la deforestación del Amazonas para 2020, que fue un compromiso

(82) En el caso de las “Abuelas Suizas” se movilizó el derecho a la salud consagrado en la Convención Europea de Derecho Humanos, pues este grupo de personas ancianas es considerado más vulnerable al aumento general de la temperatura. El caso se perdió en 2018. El tribunal entendió que las abuelas no requieren de una protección especial.

adicional al Acuerdo de París asumido por Colombia.

En el campo de los derechos, la invocación del Acuerdo de París y del régimen internacional del clima en general parece poco útil, porque estos textos no contienen declaraciones de derechos más allá de los que implícitamente puedan derivarse de algunos de los principios o los que puedan surgir en el contexto de las obligaciones que crean.

V.3.d. El derecho a vivir en un clima estable

Más específicamente, en Argentina, ¿puede fundarse la existencia de un derecho a un clima estable? Parece poco probable como tal, pero sí un “derecho a vivir en un clima estable” (83), que sería un derecho específico dentro del derecho a un ambiente sano y equilibrado (art. 41, CN Argentina).

El razonamiento es simple: no puede haber ambiente sano sin clima estable, pues el clima estable es una condición de funcionamiento de los ecosistemas naturales y de la supervivencia de los elementos que los componen.

V.4. Diferentes subtipos de pretensiones

En las acciones que integran la litigación climática existen diferentes pretensiones.

V.4.a. Declarar la inconstitucionalidad de una ley o una reglamentación administrativa

Hay fallos que tienen que ver con declarar la inconstitucionalidad de una ley; por ejemplo, hay un caso relacionado a los aeropuertos de Viena (84): en el caso, se utiliza la acción para revertir esa autorización para la utilización de los aeropuertos, y otro similar fue resuelto en Irlanda (85) y en Inglaterra (86).

(83) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, *op. cit.*, p. 60.

(84) Corte Federal Administrativa de Austria, sobre la ampliación del aeropuerto de Viena (02/02/2017).

(85) Este caso fue planteado por la ONG “Friends of the Irish Environment”, en 2017, contra la decisión del gobierno irlandés de autorizar una obra de ampliación del aeropuerto de Dublín. “Friends of the Irish Environment CLG vs. Fingal County Council” [2017] IEHC 695 (21/11/2017), <https://www.elaw.org/friends-irish-environment-clg-v-fingal-county-council-2017-ieh-695-nov-21-2017>.

(86) En 2019, contra la autorización de la obra de ampliación del aeropuerto de Heathrow.

También en Oslo (87), con una concesión a diversas empresas para la exploración de gas; en otras palabras, intentan revertir leyes o decisiones administrativas que simplemente sostienen que son inconstitucionales.

V.4.b. Responsabilizar al Estado por la omisión o ineficiencia de su política climática, obligándolo a prevenir el riesgo

El otro tipo de casos es el de aquellos que tienen que ver con la insuficiencia de las políticas climáticas y con el no respeto de los compromisos legales y políticos en materia de cambio climático.

Lo que se intenta atacar es la falta de actividad, la falta de audacia del Estado en ese campo.

Son pretensiones preventivas que persiguen el dictado de una *injuction* con el objetivo de revertir la inacción del Estado en materia climática. Se trata de acciones de prevención del daño, que en algunos países son ampliamente admitidas en el derecho civil, como ocurre en Argentina luego de la sanción del Código Civil y Comercial de 2015, que regula la prevención como una de las funciones de la responsabilidad por daños, al lado de la función de reparación (arts. 1709 y ss., Cód. Civ. y Com.).

El caso “Urgenda” es emblemático en este sentido, pues allí centralmente se discutió la conducta omisiva del Estado y se mandó a tomar medidas, pues se consideró que el Estado incumplió su deber de cuidar a los ciudadanos. En el caso “Klimatzaak Asociación (AJBL)” (88), de manera similar a “Urgenda”, se interpuso contra el Estado una acción civil por negligencia. Algo similar ocurrió en Inglaterra, donde la ONG Plan B y 11 ciudadanos ancianos interpusieron una acción contra el Estado inglés (89).

(87) Corte de Distrito de Oslo, sobre contratos de concesión de explotación de gas (2018). El caso fue rechazado en primera instancia y actualmente ha sido apelado.

(88) Resuelto por el Tribunal del 1º Distrito de Bruselas, Bélgica.

(89) La demanda fue rechazada, pues se consideró que el gobierno inglés no contrajo, bajo el Acuerdo de París, obligaciones directamente exigibles para con sus ciudadanos.

En el caso “Amazonas” también se cuestionó la omisión del Estado, y por ello se solicitó elaborar un plan de acción para luchar contra la deforestación del Amazonas y suscribir un pacto intergeneracional para garantizar la vida en el Amazonas. Algo similar ocurrió en el caso “Ashgar Leghari” de la Corte Suprema de Pakistán, en el que se demandaron medidas de adaptación.

En definitiva, a diferencia de los casos de “responsabilidad del Estado por omisión”, con los cuales estas acciones guardan similitud, lo que aquí se demanda no es una reparación de daños, sino medidas de prevención, que en el marco del derecho del cambio climático se califican como de mitigación.

En términos generales, lo que se exige es siempre lo mismo, aunque con modulaciones: a) que existe un deber de hacer algo para prevenir el daño, es decir, un *duty of care*, lo que en Argentina implica establecer la existencia de un deber específico del Estado de actuar en favor de la seguridad de la población (90); y b) que se pruebe la existencia de un riesgo, es decir, la probabilidad de que una amenaza actuando sobre una población o un territorio vulnerable genere un daño.

En esta línea —omisión, insuficiencia de ambición—, pero con diferencias en el objeto de la pretensión, se encuentra el caso planteado en mayo de 2018 ante la Corte Europea de Derechos Humanos para exigir una mayor ambición por parte de la Unión Europea en sus metas de reducción de emisiones (91) —la Corte admitió la demanda en 2018 y se encuentra en proceso—, y otra acción conocida bajo el nombre del *affaire du siècle* (92) en la justicia administrativa de Francia, reclamando el daño moral y el “perjuicio ecológico” también derivado de la insuficiencia de las acciones emprendidas por

el Estado francés para la lucha contra el cambio climático (93).

V.5. La legitimación activa

Hay una discusión sobre la legitimación activa muy interesante en estos casos.

En el caso “Amazonas”, se discutía si los niños podían iniciar una acción de tutela. El tribunal dijo que la edad no era un impedimento para alegar ese tipo de derechos fundamentales; textualmente, dijo: “La mayoría de edad no constituye un factor restrictivo frente a su ejercicio”.

Por el contrario, en otros casos se debate si la edad límite de los representados, por ejemplo, 35 años, es un impedimento. En otros términos, se trataría de un problema de los parámetros elegidos para delimitar la “clase” que acciona.

En Argentina, la experiencia de litigios en representación de las “generaciones futuras” es nula. Sin embargo, existen algunas ideas: la “clase” debe estar suficientemente delimitada (94); debería estar integrada por niños, niñas y adolescentes, es decir, personas menores de 18 años.

En el caso de “Urgenda”, se discutió si la ONG podía demandar alegando la representación de las generaciones futuras que no son belgas, es decir, si una ONG “nacional” puede atribuirse la representación de las generaciones futuras “extranjeras”, para lo que el tribunal analizó el Estatuto de la ONG, que dice que ella lucha por una sociedad sostenible. El tribunal, así, consideró que este fin es intrínsecamente transfronterizo y que la habilitaba a representar a las generaciones futuras no solo de Bélgica, sino incluso del mundo entero.

En Argentina, la doctrina judicial es que la ONG que demanda debe tener incluido en el objeto de su Estatuto la cuestión por la cual se reclama (95).

(90) CS, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, LA LEY del 12/03/2007, p. 5.

(91) “People Climate Case”: <https://peoplesclimate-case.caneurope.org>, cit. por COUNIL, Christel, “L’affaire du siècle devant le juge administratif. Les ambitions du futur, premier recours climat français”, *L’Actualité Juridique. Droit Administratif*, Ed. Dalloz, 2019, ps.437-442, ffhal-02266606f.

(92) Véase <https://laffairedusiecle.net/>.

(93) COUNIL, Christel, “L’affaire du siècle...”, ob. cit.

(94) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo”, AR/JUR/182/2009.

(95) CS, 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, AR/JUR/930/2000.

V.6. El problema de la prueba de la causalidad científica

Otra cuestión que se ha planteado en estos litigios es la relativa a la causalidad. Analizar si hay causalidad en sí es muy complejo. Por ejemplo, establecer una relación de causalidad entre la inacción del Estado, o ciertas emisiones específicas de gases que se hacen a partir de autorizaciones del Estado, y ciertos daños que se producen en las personas y los sistemas naturales. Establecer el núcleo de causalidad es algo muy problemático.

Este ha sido el talón de Aquiles de la litigación climática que los Estados subnacionales y las ciudades han emprendido contra empresas para exigirles la reparación del daño y la adopción de medidas de adaptación. Las demandas son rechazadas por falta de acreditación de la relación causal (96), que se sabe es de por sí difusa (97) y no lineal (98), sino circular.

En el caso “Urgenda” fue donde más se trabajó en tratar de justificar un vínculo causal entre la inacción del Estado, es decir, la falta de audacia del Estado en materia de cambio climático, y la protección del bien jurídico.

En términos generales, lo que se fija en estos casos en que se plantea la prevención de daños no es la prueba de la relación causal entre las autorizaciones para las emisiones y el daño, sino la relación de causalidad con el riesgo que existe para la atmósfera y, concatenado con esto, para los ecosistemas y los seres humanos. Es la relación de causalidad entre las emisiones y la generación de esos riesgos. Quiere decir, una causalidad probabilística, que permite sostener que es un riesgo el aumento de la temperatura.

En el caso “Urgenda”, el tribunal aplicó conjuntamente el principio de prevención del daño y el principio precautorio, pues se consideró que el riesgo (su existencia) es posible; el ra-

zonamiento fue que la obligación de prevenir obliga a adoptar medidas precautorias. Sintéticamente, para ser preventivos hay que adoptar medidas precautorias. Todos sabemos que los riesgos climáticos son riesgos probables, y no que estos son posibles. Lo interesante es que el tribunal admitió por qué el Estado debe tomar un nuevo rumbo, aun pensando que es solo un riesgo posible. Así, decide y ordena cambiar la política climática.

Aquí hay que diferenciar con cuidado: una cosa es acreditar la causalidad, que en el caso de Argentina se rige bajo las reglas de la causalidad adecuada entre la omisión del Estado y las consecuencias para demandar la reparación de los daños, que es muy complejo de acreditar, incluso empleando ideas más laxas, como de “causalidad preponderante” o “causalidad social”, como se exige en los casos de daños masivos; y otra bien distinta es acreditar que existe un nexo causal entre la omisión y el aumento del riesgo, que es lo que hay que probar cuando se demanda la prevención del daño (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), v.gr., la adopción de medidas de adaptación (99).

La prevención del daño exige la prueba del riesgo, es decir, de la probabilidad expresada en un porcentaje de que una o varias amenazas presentes impacten negativamente, en un arco temporal determinado, en un territorio o población que sufre las consecuencias de acuerdo con condiciones de vulnerabilidad de base —condiciones socioeconómicas— que las aumentan o disminuyen.

¿Cómo se prueba la probabilidad? Normalmente se emplean tres tipos de prueba combinadas: a) las estadísticas; b) el cálculo actuarial, y c) los estudios epidemiológicos.

El impacto de la noción de riesgo sobre la causalidad es enorme, pues “induce a una multiplicación, y en consecuencia a una dispersión de

(96) Es lo que ocurrió también en el caso de “Saul Luciano Llyuya”, impulsado por la ONG GermanWatch. Ver más adelante punto VII.

(97) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, ob. cit., ps. 105 y ss.

(98) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, ob. cit., ps. 110 y ss.

(99) Uno de los casos en los cuales se demandaron medidas de adaptación y fueron admitidas (la sentencia mandó al gobierno a adoptar un plan de acciones de adaptación supervisado por un panel *ad hoc* de expertos y con un mecanismo de informes al tribunal) es el caso de Pakistán.

los vínculos causales” (100). En efecto, el riesgo implica “considerar que no hay más una causa simple, necesaria o suficiente, sino una multiplicidad de causas probables, de ‘factores de riesgo’” (101).

Esta situación nos aleja definitivamente de la causalidad adecuada, que, como se sabe, otorga un margen de maniobra importante al tribunal para establecer la existencia o no de una relación causal (102).

V.7. Las obligaciones climáticas

Es universal la idea de que no hay deber de reparar o de prevenir si no hay una obligación de actuar o un deber de no dañar.

Hay, desde mi perspectiva, dos planos de análisis.

El primero es si existe una obligación o deber a nivel internacional. Concretamente, si del Acuerdo de París deriva una obligación de seguridad o de actuar por parte de los Estados.

Se sabe que los Estados tienen que hacer las contribuciones determinadas a nivel nacional que les exige el Acuerdo de París. El problema jurídico es si esas obligaciones internacionales constituyen obligaciones exigibles jurídicamente. La cuestión de determinar que el Estado tiene la obligación de establecer las políticas climáticas se debe analizar junto con que el Estado, previamente, tenga la obligación de preservar el clima. Como expliqué más arriba, desde mi perspectiva, el Acuerdo de París obliga a los Estados a adoptar una política y acciones internas consecuentes con las contribuciones que comunicó. Ello surge claramente del art. 4º, parág. 2º, del Acuerdo, que dice: “Las partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones”. Como expliqué, es una obligación de medios reforzada, pues

(100) PERETTI-WATEL, Patrick, “La société du risque”, *La Découverte, París, 2010, p. 19.*

(101) PERETTI-WATEL, Patrick, “La société du risque”, ob. cit., p. 16.

(102) GOLDENBERG, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 28, citando a Peirano Facio.

si bien el resultado no integra el objeto de la obligación, el hacer debe cumplirse realizando una operación balizada técnicamente [art. 774, inc. b), Cód. Civ. y Com. argentino].

Una buena parte de la litigación climática contemporánea está dirigida a obtener este resultado, en algunos casos con éxito y en muchos no. En esta línea, en el caso de Colombia se afirmó que tiene la obligación de cumplir con las metas para evitar la deforestación que asumió internacionalmente en el marco del Acuerdo de París. Algo similar ocurre con los “niveles de ambición”, que también se vinculan directamente con esta obligación internacional; es lo que ocurrió en el caso de “Ashgar Leghari” y en “Urgenda”.

Sin embargo, no es suficiente movilizar una sola argumentación para determinar la existencia de esta obligación internacional exigible por los ciudadanos a los Estados, que es lo que ocurrió en “Leghari” y “Urgenda”. De ahí que sea necesario también el trabajo argumental en un segundo nivel o plano, en el que se movilizan derechos existentes en el plano nacional para explicar que esta obligación climática existe. Es aquí donde los caminos se bifurcan y la configuración final de la obligación climática toma el lenguaje y el tono del derecho nacional en el que se enclava la acción judicial.

Así, por ejemplo, en el caso de “Urgenda” se dijo que la obligación de “cuidado” de preservar el clima deriva del art. 21 de la Constitución de Holanda, es decir, del deber de velar por la “habitabilidad del país”, más los compromisos internacionales de Holanda. En el caso “Juliana”, se deriva el deber de preservar el clima de la *public trust doctrine*, de la cual emana el deber de transmitir a las generaciones futuras el bien.

Siguiendo la línea de un trabajo de taxonomía de las obligaciones que surgen en la litigación ambiental que ha hecho Christel Cournil, se diferencian cuatro tipos de obligaciones derivadas; pienso que podrían clasificarse en:

- a) La obligación del Estado de proteger: (a.1) a los ciudadanos; (a.2) a las generaciones futuras; (a.3) a grupos sociales hipervulnerables.

b) (b.1) La obligación del Estado de garantizar el derecho fundamental a un clima estable como parte del derecho a un ambiente sano; (b.2) la obligación de preservar los recursos naturales o el ambiente; (b.3) la obligación de respetar la naturaleza; (b.4) la obligación de garantizar el *public trust*.

c) La obligación estatal de cuidado (*duty of care*): (c.1) deber de diligencia; (c.2) obligación de prevención.

Las obligaciones de protección —señaladas en a)— son obligaciones donde, a mi modo de ver, juegan los derechos constitucionales de cada Estado a la vida, la salud, etc., y los derechos humanos equivalentes. Las obligaciones indicadas en b) derivan del derecho fundamental al ambiente o de los derechos fundamentales de la naturaleza o de la *public trust doctrine*, es decir, de las normas constitucionales que de una manera u otra tutelan la naturaleza. Por último, las obligaciones indicadas en c) derivan de la idea de una “obligación estatal de cuidado” de sus ciudadanos, que toma diversas formas jurídicas en los diferentes derechos nacionales.

Un eventual planteo en Argentina no escaparía a estas variaciones necesarias.

Como expliqué más arriba, los Estados parte en el Acuerdo de París tienen no solo la obligación de presentar las contribuciones, sino de hacerlo cíclicamente cada cinco años y adoptar medidas *in crescendo* en cada ciclo, aumentando el nivel de ambición, de comunicarlas de manera transparente y comprensible y de adoptar en el espacio nacional las medidas para realizar las contribuciones.

Un primer razonamiento que puede hacerse en Argentina es sobre la existencia de esta obligación de hacer emanada del Acuerdo de París. En realidad, se trata de un entretejido de haceres; cada uno constituye en sí mismo operaciones técnicas, pero es sobre todo esta última obligación de adoptar en el espacio nacional las medidas para realizar las contribuciones la que puede ser exigida por los nacionales. En Argentina, la calificación de este último hacer como un hacer consistente en una operación técnica [art. 774, inc. b), Cód. Civ. y Com.] es de gran relevancia, pues se trata de una obligación

de medios reforzada, que consiste en una obra (arts. 1251 y 1251, Cód. Civ. y Com.) que genera una responsabilidad objetiva (art. 1765). Este razonamiento tiene impacto para explicar por qué puede funcionar una pretensión de prevención que exige acreditar la existencia de un deber de prevenir el agravamiento del daño generado por el incumplimiento de la obligación de hacer (art. 1709, Cód. Civ. y Com.).

El segundo razonamiento técnico que puede servir para declinar la existencia de la obligación de proteger el clima estable es partir del derecho a un ambiente sano y equilibrado como derecho fundamental, que incluye el deber del Estado de garantizar un clima estable (art. 41, CN argentina). Por otro lado, “las autoridades” deben preservar el “patrimonio natural” para transmitirlo a las generaciones futuras (art. 41, CN argentina), lo que también incluye el clima.

Un tercer razonamiento permite derivar la existencia de una obligación de proteger a los grupos sociales especialmente vulnerables, pues presentan una vulnerabilidad agravada. La existencia de estos grupos está reconocida en el Acuerdo de París, pero, además, puede construirse la categoría con ayuda de los derechos humanos.

Un cuarto razonamiento, vinculado a la tradición argentina en materia de responsabilidad del Estado por omisión, es que para que el Estado responda tiene que existir un “deber de seguridad específico”, no bastando el deber de seguridad genérico de cuidar a sus ciudadanos (103).

(103) “En materia de responsabilidad del Estado por omisión, esta Corte ha distinguido los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio en los términos del antiguo art. 1112 del Cód. Civil, de aquellos otros casos en los que el Estado incurre en alguna inacción cuando está obligado a cumplir una serie de objetivos que son fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, en todo caso, como propósitos a lograr en la medida de lo posible. En este último supuesto, es decir cuando se alega el incumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (ver por ejemplo: causas ‘Mosca’ —Fallos 330:563—; ‘P. de P. E. P.’ —Fallos 333:2426— y ‘Carballo de Pochat’ —Fallos 336:1642—). CS, 06/11/2018, ‘Albo, Modesta del Valle y otros c. Gi-

Finalmente, un quinto razonamiento es que el art. 1710 explica cuáles son los deberes que fundan la obligación de prevención, entre los cuales está el deber de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud [inc. b)], y que estos deberes le caben al Estado que incurre en omisión si no adopta las medidas razonables, en este caso, para mitigar los impactos negativos del cambio climático.

VI. Lecciones de la litigación climática para Argentina

Lo realmente relevante de estos casos, en nuestro contexto, es que se apoyan en las ideas siguientes:

a) *El clima estable es un microbien ambiental*. Se trata de la existencia de una obligación del Estado Nacional de preservar el clima, como parte de la obligación de preservar el ambiente; con lo cual, empleando los términos de la dogmática argentina, están identificando al clima como un “microbien ambiental”.

b) *Existe una obligación de preservar el clima*. La existencia de esa obligación de preservar el clima se deriva de la obligación constitucional de proteger el ambiente; en Argentina, la referencia a “las autoridades” del art. 41 de la CN no deja dudas — es más, incluye a los Estados subnacionales y a las ciudades que también están obligadas, bien que en su medida y conforme a sus competencias—, y no del derecho de los

ciudadanos a exigir los compromisos internacionales del Estado Nacional, que sí tiene un valor para analizar qué y cómo hay que hacer para mitigar y adaptarse al cambio climático.

c) *Esta obligación es intergeneracional*. Es decir, debe cumplirse en favor de las generaciones futuras, que son las acreedoras, junto a la generación presente (art. 41, CN, y art. 4º, ley 25.675); traducido al espacio nacional, es similar a decir que hay un deber de evitar el daño (intergeneracional) y de hacer lo necesario para disminuir su magnitud (mitigarlo); “preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional”, conforme al art. 41 de la CN, como dijo la Corte Suprema en el caso “Atuel”.

d) *Las generaciones tienen derecho a un clima estable*. Por consiguiente, las generaciones futuras tienen un “derecho al clima”, a heredarlo.

e) *Es necesario probar el incumplimiento de la obligación de preservación del clima*. En el contexto argentino, la prueba de la culpa no es necesaria en las acciones de prevención del daño, pues el Código Civil y Comercial expresamente señala que no debe acreditarse un factor de atribución (art. 1711, Cód. Civ. y Com.); sí debe probarse la “irregularidad” cuando se trata de una acción de responsabilidad del Estado por omisión. Sin embargo, al mismo tiempo, parte del razonamiento que en estos casos se emplea para determinar la existencia de culpa podría emplearse en Argentina para explicar la existencia de una actuación que *a priori* es antijurídica, que sí es una exigencia de la prevención (art. 1711) o la “irregularidad” o la *faute de service*.

f) *La vía preferente de tutela es el amparo colectivo*. En particular, en el caso colombiano se reclama en función de un derecho colectivo al ambiente, y de derechos individuales —al agua, la alimentación, la vida—, lo que generó la problemática sobre la procedencia de la acción de tutela; en definitiva, el tribunal hizo lugar, pues conforme a su jurisprudencia anterior en el caso estaban violados derechos individuales conexos a los derechos colectivos. Por ello procede; si no, si se trata de tutelar los derechos colectivos, es necesario que se entable una acción popular. En Argentina, el caso tiene resonancias similares a las del caso “Mendoza”, en el cual se demandó sobre la base de un derecho colectivo —por el

ménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios”. “En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables”. CS, 06/03/2007, “Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/102/2007.

daño a la cuenca— y derechos individuales —la salud de los habitantes de la cuenca—; es decir, el daño ambiental directo y el daño ambiental indirecto. Nuestra problemática al respecto es, como se sabe, diferente del caso colombiano; para tutelar los derechos individuales homogéneos existe un mecanismo de *class action* de base jurisprudencial surgido a partir de la hermenéutica del art. 43 de la CN, cuyo objeto debería ser la reparación del daño; para demandar la tutela de los “bienes colectivos” que fundan los derechos de incidencia colectiva y los daños que pudieran sufrir o su prevención existen el amparo colectivo y los mecanismos de la ley 25.675. La pretensión de prevención del daño (arts. 1709 y ss., Cód. Civ. y Com.) a los derechos individuales homogéneos, en tanto subtipo de derechos de incidencia colectiva, puede tramitarse por cualquier vía procesal de tutela inhibitoria.

g) *El rol del control de constitucionalidad.* En Argentina, un rol sumamente relevante en materia ambiental viene jugando el control de constitucionalidad. Existe una tradición de control de constitucionalidad muy desarrollada, que incluye la omisión regulatoria que puede plantearse a través de la acción de amparo o la mera acción declarativa de inconstitucionalidad.

h) *La legitimación activa.* En los casos, algunos de los cuales son acciones de clase montadas en países que tienen una larga tradición en el tema y una legislación específica, haber obtenido la “certificación” de la clase en el proceso previo destinado a este fin es todo un éxito. En Argentina, el contexto es bastante diferente; por un lado, la acción de prevención del daño del Código Civil y Comercial es sumamente generosa —en la línea del art. 43 de la CN— respecto del otorgamiento de legitimación activa: “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). Por otro lado, en el campo de las acciones de clase, que, como se sabe, no cuentan con un régimen a nivel nacional (104) aún, hay que atenerse a la doctrina de la Corte Suprema en el caso “Halabi” y otros, y a la norma de base, que es el art. 43 de la CN; en este sentido, no hay razones para avizorar

aquí un límite especial o una dificultad particular para obtener el reconocimiento de la legitimación de organizaciones no gubernamentales o de los “afectados”. Sin embargo, conviene decir también que, particularmente en el caso de las organizaciones no gubernamentales, la Corte Suprema ha puesto el acento últimamente en un aspecto que me parece fundamental: el deber de mantener la adecuada representación de la clase durante todo el proceso, además del hecho de que el objeto de la acción esté comprendido en sus estatutos, con lo cual podría darse un debate como el que se explicó en el caso belga.

i) *La relevancia de los derechos humanos.* La conexidad entre derechos humanos y derechos ambientales que se observa en los casos es particularmente relevante en Argentina, a la luz de la tradición existente en la materia. Argentina ha ratificado prácticamente todos los instrumentos que rigen en materia de derechos humanos; nuestros tribunales también suelen tener una tendencia de pensar que el derecho al ambiente es un derecho humano de tercera generación, por lo que el hecho de que exista un caso ambiental y su relación con los derechos humanos hacen plantearlo ante los tribunales sin inconvenientes.

j) *Las acciones de prevención del daño.* Hemos analizado la dificultad de las acciones por reparación de daños en este contexto del cambio climático, y he remarcado la potencialidad del camino que marcan las acciones de prevención del daño. En este contexto, la regulación del Código Civil y Comercial de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1709 y ss.) constituye una fortaleza para futuras acciones que tengan por objeto, por ejemplo, el financiamiento de medidas de mitigación, en el caso no solo del Estado, sino de las empresas.

VII. Sobre globalizaciones y estrategias

VII.1. La traducción de los modelos

Algunas reflexiones sobre la estrategia respecto de los países más vulnerables a las consecuencias negativas del cambio climático pueden hacerse con la intención de mejorar los resultados en términos de lograr una justicia climática de dimensión verdaderamente global.

(104) Que establezca algo así como un proceso de certificación.

Un primer desafío de una litigación climática que pretenda no inscribirse en el proceso de globalización hegemónica del campo legal requiere que exista una adaptación, adecuación y traducción de los modelos globales de litigación climática al contexto del derecho local.

Para ello, un esfuerzo técnico para traducir los modelos es muy relevante; esta labor consiste en efectuar un análisis previo de la filigrana fina de la doctrina judicial preexistente.

Aun hecho esto, el problema sigue siendo el efecto final posible de esta estrategia como parte de una estrategia global.

VII.2. Imaginar estrategias alternativas

Imaginar otras estrategias alternativas es necesario, pues, visto el problema desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, que no han sido grandes contribuyentes al calentamiento global, la estrategia debería incluir como línea de trabajo reforzar la idea de la existencia de responsabilidades diferenciadas y el logro de una redistribución de los costos de los impactos negativos.

Es necesario, aun aceptando el contexto de haber suscripto y ratificado el Acuerdo, que incluye una atenuación del Principio 7 de la Declaración de Río de 1992, tal como lo concibió el Protocolo de Kioto.

Es que, en efecto, plantear en cada Estado Nacional el incumplimiento de sus compromisos, impulsado centralmente por las organizaciones no gubernamentales, podría conllevar el resultado paradójico de que *bottom up* se coloque mayor presión sobre los Estados en desarrollo, que podrían estar más abiertos a aceptar estas acciones, mientras que los Estados desarrollados, que más han contribuido a generar el calentamiento global y que más reticentes se muestran a hacer efectivas sus contribuciones nacionales, no serían condenados por sus tribunales, y menos dispuestos a aceptar los planteos ambientales.

En una palabra: hay que considerar el eventual efecto de localización que el éxito de una litigación climática global como la que se propone puede producir.

Por ello es necesario plantearse un interrogante previo: ¿es posible una estrategia alternativa?; ¿pueden las coaliciones globales por el clima imaginar una estrategia de litigación alternativa, deferente con la justicia climática global y el principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas?

Entonces, los actores existentes en los espacios nacionales de los Estados en vías de desarrollo, que no son ni han sido grandes contribuidores a generar el calentamiento global (105), deberían analizar este punto antes de lanzarse a dar continuidad a la estrategia globalizadora propuesta.

El primer compromiso de los actores situados en los países en vías de desarrollo, que no son ni han sido grandes contribuidores a generar el calentamiento global, debería ser, por un lado, con el “principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas”, que, por otro lado, ha sido una reivindicación histórica de los países en desarrollo; y, por otro, con la dimensión global de la “justicia climática”.

Recuerdo aquí que el Preámbulo del Acuerdo de París menciona el concepto de “justicia climática”, que reconoce como una de sus dimensiones la dimensión global; admitir la dimensión global de una justicia climática significa aceptar que, dado que el clima estable es un bien común global, lo que ocurre, se hace o se deja de hacer en una parte del globo tiene impactos en poblaciones muy distanciadas. La lucha de los pequeños Estados insulares en el plano internacional (106) es un claro ejemplo de cómo los impactos negativos del cambio climático se distribuyen de manera desigual.

Una alternativa —tan osada como las que suelen verse en la litigación climática— podría imaginarse: ¿Por qué no decidir demandar a los Estados y empresas que más contribuyen al cambio climático o son más renuentes a cumplir sus contribuciones o las empresas globales en nombre de las generaciones futuras de los

(105) Por tanto, excluimos a India y China, entre otros.

(106) BRACQ, Natacha, “Changement climatique et droits des États. L'exemple de Tuvalu”, *Les Savoirs Inédits*, Francia, 2012; SOZZO, Gonzalo, “Petits États insulaires”, en *Dictionnaire des transitions écologiques*, Ed. Institut Universitaire de Varenne, Francia, 2018.

Estados más perjudicados y frente a los jueces de los Estados en los cuales se sitúan las consecuencias perjudiciales más notables y tangibles? Y más aún: ¿Por qué no analizar en este mismo orden cuáles son los derechos nacionales y tribunales *a priori* más permeables a estos planteos, e iniciar allí las acciones? Esto no implica exigir los daños más allá de la adaptación, es decir, los daños que resultaron inevitables para los países que los sufren (art. 14, AP), sino la prevención de los riesgos que sufren los seres humanos y los ecosistemas por la falta de una política de los Estados que más contribuyen o contribuyeron al cambio climático.

Conllevaría cambiar el enfoque: no ya que los ciudadanos demanden a “sus” Estados por no cumplir las contribuciones asumidas en el plano internacional, sino que las víctimas demanden a quienes aumentan los riesgos, y por tanto es necesario despachar medidas preventivas [*vid.* este mismo estudio, punto V.4.b)].

En realidad, como se analizó, la primera posición es la que tiene menos tradición en el derecho moderno; los gobiernos asumen o no asumen compromisos en el marco de su discrecionalidad política, y difícilmente, salvo que exista una omisión negligente respecto de un compromiso asumido, la disconformidad con la política climática de un gobierno pueda ser justificable. En cambio, son principios universales el principio de no dañar y de prevención de los riesgos.

El punto de partida para analizar esta estrategia es que, siendo el Acuerdo de París un tratado de derecho internacional público, las obligaciones tienen como sujetos activos y pasivos a los Estados o la comunidad internacional.

Sin embargo, excepcionalmente, si un Estado no cumple obligaciones que adquirió en el marco del derecho internacional y que tienen un correlato en el espacio nacional —como ocurre con el Acuerdo de París—, un ciudadano suyo puede reclamarle el cumplimiento.

De modo que no caben dudas acerca de que ciudadanos argentinos podrían demandar al Estado argentino, obviamente siempre que se admita también que el Acuerdo de París crea obligaciones exigibles.

La pregunta es si un grupo de ciudadanos argentinos, representando a las generaciones futuras, puede demandar a un Estado extranjero.

La primera hipótesis sería demandarlo en los tribunales de su territorio. En el caso del *affaire du siècle* iniciado en Francia, los ciudadanos de Kenia que demandan entran en esta hipótesis, o en el caso “Urgenda”, cuando la ONG dice representar a las generaciones futuras “extranjeras”.

La segunda hipótesis sería si es posible demandarlo en los tribunales del país de las víctimas que sufren el aumento del riesgo.

En el derecho internacional privado argentino, por ejemplo, demandar ante los jueces argentinos daños generados en otras geografías pero que manifiestan los impactos negativos en Argentina es perfectamente posible (art. 2656, Cód. Civ. y Com.) (107).

Sin embargo, si el demandado por daños es un Estado extranjero se podría plantear el problema de la inmunidad de jurisdicción, pero no se aplicaría si los efectos riesgosos o perjudiciales se dieran en Argentina.

Para ello tendría que tener un derecho hacia el Estado extranjero. Entonces, la pregunta es: ¿cuál es el derecho de un grupo de ciudadanos argentinos contra un Estado extranjero en virtud del Acuerdo de París?

El Acuerdo de París reconoce en su Preámbulo el principio de equidad intergeneracional (108), que, como se sabe, es un principio del

(107) La norma es una norma de conflicto de “responsabilidad civil por daños”, pero se ubica en un Código que asigna a la responsabilidad civil por daños dos funciones: la de reparación y la de prevención (art. 1709); por tanto, se aplica también a los casos de prevención del daño, y, como los casos de prevención del daño no están incluidos en la ley 26.944, que solo rige las acciones de responsabilidad por la reparación de daños contra el Estado Nacional, esta norma de conflicto se aplica también a los casos de prevención contra el Estado.

(108) Preámbulo: “Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad

derecho internacional ambiental, con lo cual reconoce que los “efectos negativos” perjudican a las “generaciones futuras”; pero, más aún, la CMNUCC, en su art. 3º, parág. 1º, establece: “Las partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”.

De modo que lo que hay es una responsabilidad grupal, es decir, un conjunto de responsables, y lo son porque su acción es colectiva y la perjudicada es toda la humanidad, presente y futura.

Asumir que existen consecuencias negativas del calentamiento climático y el compromiso de actuar para evitarlo implica reconocer un derecho a que se evite el agravamiento del riesgo.

Con lo cual, ante el incumplimiento del deber de evitar el agravamiento, el “perjudicado” por la inacción de un Estado que es un gran emisor de gases no son solo “sus ciudadanos” —y no lo son en cuanto tales, sino como miembros de la “generación presente”—, sino las “generaciones futuras” que sufren el aumento del riesgo, que son los sujetos protegidos por la equidad intergeneracional. Esto es así porque el clima es un bien global y los efectos negativos del cambio climático se producen en geografías distintas de las que emiten los gases. Hay un nuevo sujeto de derechos: las generaciones futuras, que están integradas por la generación presente —los ciudadanos del mundo— y las generaciones que aún no nacieron.

Y si existe un deber colectivo de los Estados de cuidar a las generaciones presentes y futuras en razón del Acuerdo de París, entonces es posible que un colectivo de ciudadanos de cualquier país perjudicado, por sí y representando a las “generaciones futuras” (que no son ni argentinas, ni paraguayas, ni francesas), demande el

cumplimiento de las obligaciones de hacer para evitar el aumento de los riesgos (109).

En fin, en virtud del Acuerdo de París, el *duty of care* se traduce en un deber de evitar la profundización del riesgo hacia las generaciones futuras.

La propuesta también es consistente desde la perspectiva del derecho privado interno —que se aplicaría según el Código Civil y Comercial argentino—: si alguien que tiene el deber de evitar, disminuir o no agravar el riesgo no lo hace, puede ser demandado para exigirle que evite que los efectos se profundicen o agraven en el futuro, adoptando medidas para ello (arts. 1710-1711, Cód. Civ. y Com.).

Si los Estados tienen un *duty of care* en este tema no es solo respecto de sus ciudadanos, sino de las generaciones futuras, que no tienen un límite geográfico, porque no hay generaciones futuras de Argentina, de Brasil o de India, sino del mundo. La idea misma de generaciones futuras es intrínsecamente global y no admite fraccionamientos. Por otro lado, fragmentarla implicaría violar el principio de equidad e igualdad (art. 2º, parág. 2º, AP).

Una alternativa menos compleja y tal vez con mejor pronóstico sería demandar al Estado gran emisor ante sus tribunales por los efectos negativos en el país y en el extranjero. Es lo que ocurre en algunos casos de los analizados, en los cuales entre los legitimados activos se suman ciudadanos de Estados extranjeros que sufren las consecuencias negativas.

Es lo que intentó la ONG Urgenda al demandar al Estado holandés en favor no solo de las generaciones presentes holandesas, sino también de las “extranjeras”, y es lo que intenta el *affaire du siècle* al incorporar entre los litigantes a una familia de Kenia que sufre las consecuencias del cambio climático en un litigio contra el

(109) Se podría decir que las generaciones futuras no tienen representante en el marco del derecho internacional; sin embargo, la representación procesal depende de las normas de derecho interno del país en el que se entabla la demanda. En este sentido, lo importante será verificar si en el derecho procesal interno un grupo o una ONG puede interponer una acción representando a las generaciones futuras.

y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”.

gobierno francés. En el campo de la demanda climática contra las empresas, es el caso de Saul Luciano Llyuya, que la ONG GermanWatch ha llevado adelante contra la empresa RWE ante los tribunales alemanes y que aún hoy se encuentra en trámite en segunda instancia (110), sosteniendo una aplicación inédita de la idea de “inmisiones inmateriales” (111).

Las dos alternativas tienen la virtud de intentar deconstruir el proceso de globalización, en el sentido de localizar en los países en vías de desarrollo las consecuencias negativas del cambio climático.

La demanda contra las empresas no es en razón del incumplimiento del Acuerdo de París del cual no son partes, por lo que aquí está fuera de discusión si el Acuerdo genera obligaciones exigibles o no, sino porque sus emisiones han ocasionado consecuencias negativas sobre algunas poblaciones o ecosistemas.

Como señalé, en Argentina, en razón del art. 2656 del Cód. Civ. y Com., si el daño o riesgo que generan tiene efectos en el territorio de Argentina, se las puede demandar ante los jueces argentinos y aplicando el derecho privado interno.

Hay una razón de fondo fundamental para cambiar la estrategia desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo que no son ni han sido grandes contribuidores al calentamiento global: se debe demandar la prevención o la reparación a quien ha contribuido causalmente y en la medida de su aporte causal, no solo porque así lo indica el derecho moderno de manera universal, sino porque es justo.

(110) La causa puede seguirse en <https://germanwatch.org/es/14843>. En el caso, la ciudad de Huaraz, que se encuentra al pie del lago Palcacocha, que forma el glaciar, está sometida al riesgo de que un desmoronamiento del hielo del glaciar provoque una ola que la sumerja; para evitar este riesgo sería necesario hacer descender el nivel del agua del lago a través de un sistema de bombeo. FRANK, Will — BALS, Christoph — GRIMM, Julia, “The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts”, en MECHLER, R. et al. (eds.), *Loss and Damage from Climate Change, Climate Risk Management, Policy and Governance*, https://doi.org/10.1007/978-3-319-72026-5_20, p. 476.

(111) ROCHFELD, Judith, “Justice pour le climat”, ob. cit. ps. 122-124.

El Acuerdo de París revisó flexibilizando la idea del principio de “obligaciones comunes pero diferenciadas” (art. 2º, parág. 2º, AP), pero ello no cambia el hecho del fundamento último del principio sobre el cual subyace la idea anterior: la obligación es la misma, pero la responsabilidad no, porque la contribución causal no lo fue.

Otra vertiente de alternativa no excluyente y complementaria de la anterior, específicamente para algunos países de América del Sur, como Argentina, Brasil, Colombia, Bolivia y Ecuador, que por diferentes vías muestran un proceso de reconocimiento del valor intrínseco de los procesos esenciales de los ecosistemas o de la naturaleza o Madre Tierra, podría consistir en introducir el elemento de la defensa de los bienes colectivos naturales en sí mismos, en virtud de que los impactos negativos del cambio climático son sobre los seres humanos, pero también sobre los ecosistemas o la naturaleza o la Madre Tierra, según sea la cosmovisión constitucional (112).

Este tipo de planteo es el que asoma en el caso “Amazonas”, y constituye una veta muy importante que estos países, por diferentes razones, están en inmejorable condición para promover.

Futurología: Todo hace pensar que la litigación climática va a continuar *in crescendo* en la medida en que el sistema internacional de regulación del clima sea este. Son decisivas, por ello, la estrategia y la dirección que se tomen. Como en todos estos temas, los países que históricamente y actualmente menos contribuyen al calentamiento global deben ser tratados diferenciadamente. Si los ciclos de contribuciones se cumplen como está previsto y los “balances mundiales” se realizan como está previsto, si las trayectorias continúan como hasta ahora, es de esperar que la cuestión de los niveles de ambición, que luego del último informe del GIEC ya tomó un tono diferente, se transforme —ya lo es— en un punto más que crítico, y allí la litigación climática nacional y tal vez la internacional vean aumentado exponencialmente su rol.

(112) En el caso del *affaire du siècle se demanda el pré-judice écologique*, es decir, el daño ambiental *per se*, no por sus consecuencias perjudiciales sobre las personas. En Argentina, el problema se resuelve mediante la idea de “daño a los derechos de incidencia colectiva”, establecida por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.