Acta Bioethica 2023; 29(1):17-25

JUICIOS DE DAÑOS Y APORTE DE LOS TRIBUNALES CHILENOS ANTE LOS DESAFÍOS ÉTICO-AMBIENTALES QUE IMPONE EL CAMBIO CLIMÁTICO[1]

Cristián Banfi del Río[2], Flavia Carbonell Bellolio[3]

Resumen: Este artículo muestra que la experiencia acumulada por la Corte Suprema chilena en juicios sobre responsabilidad civil y ambiental, debiera permitirle abordar los problemas ético-ambientales y jurídicos que el calentamiento global implica, sea previniendo daños mediante la imposición a los principales emisores de gases de efecto invernadero, incluido el Estado, del deber de reducir acelerada y significativamente las emisiones, sea exigiendo y haciendo cumplir la obligación de adaptación al cambio climático mediante la atribución de responsabilidad extracontractual o ambiental.

Palabras clave: ética ambiental, gases de efecto invernadero, cambio climático, Corte Suprema de Chile, responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad ambiental, juicios indemnizatorios

Litigation for damages and contribution of the chilean courts to the ethical-environmental challenges posed by climate change

Abstract: This article shows that the experience accrued by the Chilean Supreme Court in lawsuits on tort and environmental liability, should allow it to address the ethical-environmental and legal issues that global warming implies, either by preventing harm through the imposition on the major emitters of greenhouse gases, including the State, of the duty to reduce emissions rapidly and significantly, or by demanding and enforcing the obligation to adapt to climate change through the attribution of tort liability or environmental liability.

Key words: environmental ethics, greenhouse gases, climate change, Chilean Supreme Court, tort liability, environmental liability, tort litigation

Julgamento de danos e contribuições dos tribunais chilenos diante dos desafios ético-ambientais trazidos pela mudança climática

Resumo: Esse artigo mostra que a experiência acumulada pela Corte Suprema chilena em julgamentos sobre responsabilidade civil e ambiental, deveria permitir-lhe abordar os problemas ético-ambientais e jurídicos que o aquecimento global implica, seja prevenindo danos mediante a imposição aos principais emissores de gases de efeito estufa, incluindo o Estado, do dever de reduzir acelerada e significativamente as emissões, seja exigindo e fazendo cumprir a obrigação de adaptação à mudança climática mediante a atribuição de responsabilidade extracontratual ou ambiental.

Palavras chave: ética ambiental, gases de efeito estufa, mudança climática, Corte Suprema do Chile, responsabilidade civil extracontratual, responsabilidade ambiental, ações compensatórias

[1] Este artículo integra el Proyecto Fondecyt Regular 1200176. Los autores agradecen a ANID y al Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile sus aportes al financiamiento de la publicación de este trabajo.

[2] University of Cambridge. Profesor Asociado de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile, cbanfi@derecho.uchile.cl, ORCID: 0000-0002-9932-9898

[3] Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile, fcarbonell@derecho.uchile.cl, ORCID: 0000-0001-6834-043X

Introducción

Las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de origen antropogénico, derivadas esencialmente de la quema de combustibles fósiles como carbón, petróleo y gas*(1)*, causan calentamiento global y éste cambio climático, eventos meteorológicos extremos (derretimiento de glaciares, aumento del nivel de los océanos, inundaciones, huracanes, sequías, etc.) y, finalmente, daños a las personas y al medio ambiente.

A su vez, la ética ambiental sindica a la actividad humana como la raíz del calentamiento global y de sus efectos catastróficos, previsibles y probables. Las emisiones de GEI, sobre todo las provenientes de las mayores fuentes contaminantes estatales y privadas, implican una grave transgresión de nuestros deberes morales hacia el entorno y las personas presentes y futuras, cuya chance de existir depende de las decisiones y conductas actuales*(2,3,4)*.

Luego, somos moralmente responsables de las condiciones de vida que con nuestras acciones u omisiones creamos y cuyas consecuencias sufrirán nuestros sucesores, inmediatos y remotos*(5)*. Por eso, un comportamiento éticamente correcto también busca hacer el bien a las generaciones venideras de seres vivos*(6)*.

La ética ambiental impone, entre otros, el deber de mitigar el cambio climático, esto es, de reducir las emisiones de GEI, especialmente CO_2, por ejemplo, sustituyendo los combustibles fósiles por energías renovables no convencionales (ERNC) *(4)*.

El derecho comparado y nacional reconocen esta deontología ambiental. Así, la Ley 21.455 Marco de Cambio Climático (LMCC), publicada el 13 de junio de 2022, tiene por objeto, precisamente, enfrentar los desafíos que plantea el cambio climático, lograr la neutralidad en las emisiones de GEI en 2050, reducir la vulnerabilidad y aumentar la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y honrar los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la materia (art. 1º). La LMCC, además, consagra diversos principios jurídicos, algunos de los cuales están fundados en cánones ético-ambientales. Es el caso del Principio de Equidad y Justicia Climática, el que obliga al Estado a "procurar una justa asignación de cargas, costos y beneficios, resguardando la capacidad de las *generaciones futuras* de satisfacer sus propias necesidades, con enfoque de género y especial énfasis en sectores, territorios, comunidades y ecosistemas vulnerables al cambio climático. La justicia climática busca el trato justo de todas las personas, así como evitar las discriminaciones que pueden conllevar determinadas políticas y decisiones que pretenden abordar el cambio climático" (art. 3º/d LMCC).

Singular importancia revisten, también, por su directa conexión con la responsabilidad civil extracontractual (RE) —institución del Derecho Privado cuyo rol esencial es reparar los daños y restaurar la justicia correctiva*(7-11)*, pero que además previene la concreción de los riesgos de daño*(11-15)*, distribuye los costos entre los miembros de la sociedad, complementando o reemplazando al seguro*(16-18)*, y sancionar a quienes dañan con dolo o suma imprudencia a terceros*(11,19-22)*—, otros principios recogidos por la LMCC, a saber, el Principio de Urgencia climática ("la actuación del Estado debe considerar el grave riesgo que el cambio climático conlleva para las personas y los ecosistemas. Por ello, la implementación de las medidas destinadas al cumplimiento del objeto de esta ley debe considerar el escaso margen de tiempo existente para revertir los efectos más graves del cambio climático", art. 3º/k LMCC); el Principio Precautorio ("cuando haya un riesgo o peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas para evitar dichos riesgos o peligros o impedir los efectos adversos del cambio climático, considerando el principio de costo-efectividad", art. 3º/g LMCC); y el Principio Preventivo ("las medidas destinadas al cumplimiento del objeto de esta ley deben propender a prever y evitar los efectos adversos del cambio climático, reduciendo sus causas y mitigándolas en caso de producirse", art. 3º/h LMCC).

La función de los tribunales de justicia

El cumplimiento efectivo (*enforcement*) de los deberes ético-ambientales y jurídicos inmanentes a los principios aludidos, los que obligan a realizar

las tareas de mitigación y adaptación climática —entendiendo por esta última toda "acción, medida o proceso de ajuste al clima actual o proyectado o a sus efectos en sistemas humanos o naturales, con el fin de moderar o evitar los daños, reducir la vulnerabilidad, aumentar la resiliencia o aprovechar las oportunidades beneficiosas" (art. LMCC)—, requiere la actuación de los tribunales ordinarios de justicia nacionales, liderados por la Corte Suprema (CS).

Para lograr lo anterior, es menester que las víctimas reales o potenciales de daños personales (sean estos patrimoniales —daño emergente, lucro cesante y pérdida de la chance— o morales) ejerzan ante los tribunales civiles las acciones de indemnización de perjuicios y las acciones preventivas ante riesgos que amenazan convertirse en daños, reconocidas en los arts. 916 a 950 y 2314 a 2334 del Código Civil de 1855 y en los arts. 254 ss. y 680 ss. del Código de Procedimiento Civil de 1902 (CPC). El Derecho Privado y el Derecho Procesal brindan los remedios judiciales y la estructura procedimental indispensables para que las personas afectadas exijan la intervención de los tribunales, con el fin de dejarlas indemnes o evitar la materialización del daño. La RE es un medio por el que el Estado otorga a las víctimas una acción para reivindicar sus derechos y obtener de los tribunales una sentencia que ordene la reparación del daño causado por sus autores*(23)*, en línea con el principio de reparación integral, o que impida la transformación de riesgos de daño probables en perjuicios ciertos, acorde con los principios preventivo y precautorio(*24*). Al reconocer legitimación a las víctimas para recurrir a los tribunales civiles a objeto de prevenir o reparar los daños, ambas ramas jurídicas pueden contribuir eficiente y eficazmente a la consecución de las metas fijadas en la LMCC.

Las tareas reparadora, disuasiva, distributiva y retributiva son ejecutadas por el "sistema de RE", esto es, no sólo por las normas y doctrinas (*law in the books*) sino además por las instituciones: abogados, compañías de seguros y, ante todo, los tribunales, únicos facultados para interpretar y aplicar las reglas, poniendo en movimiento el derecho (*law in action*). Especial relevancia adquiere la función desempeñada por la CS conociendo del recurso de casación en el fondo, cuyo propósito es, conforme dispone el art. 767 CPC, invalidar, entre otras, sentencias definitivas de segunda instancia que infringen la ley, siempre que esta vulneración influya sustancialmente en la resolución del pleito. Mediante este recurso la CS realiza su función fundamental de uniformar la jurisprudencia, presupuesto de la predictibilidad de las decisiones judiciales y de la certeza jurídica*(25,26)*. El cuadro es completado por la responsabilidad ambiental (RA) que los particulares y el Estado pueden impetrar a través del ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental ante los Tribunales Ambientales (TA), cuyos fallos son igualmente revisables por la CS (arts. 1º, 51 a 55, 60 y 63, Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales).

Experiencia y potencial de la CS

El camino recorrido por la CS augura su futuro liderazgo en la resolución jurídica de los problemas ético-ambientales derivados del cambio climático. La jurisprudencia sentada por la CS en juicios de RE y RA contiene elementos interesantes y precedentes que permiten anticipar su aplicación a la futura litigación por daños climáticos, la que seguramente llegará a los tribunales civiles y a los TA, como ha sucedido en EEUU y Europa (según dan cuenta las bases de datos del *Sabin Center for Climate Change Law* de *Columbia Law School* y del *Grantham Research Institute* del *London School of Economics and Political Science*: http://climatecasechart.com/; https://climate-laws.org/litigation_cases).

En primer lugar, cabe prever que la CS extenderá tal jurisprudencia a las acciones de RE y de RA que las víctimas actuales o potenciales del cambio climático, u organizaciones no gubernamentales (ONG), deduzcan en lo sucesivo contra el Estado y sus órganos, alegando que éstos no han cumplido sus deberes de mitigación a un ritmo e intensidad suficientes como para garantizar el logro de la neutralidad de las emisiones de GEI en 2050. En efecto, la Sala Tercera de la CS ha construido una abundante jurisprudencia sobre RE del Estado por falta (culpa) del servicio, concepto que ella define como la "deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello

concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria" (*Mariangel con Municipalidad de Victoria*, CS, 08.06.2015, rol 904-2015, 8º, reemplazo). Así, la CS ha imputado RE por falta de servicio a municipalidades en situaciones complejas de riesgos y daños ambientales significativos generados, entre otros, por vertederos, urbanizaciones y demoliciones ilegales (*Justo con Municipalidad de Puerto Natales*, CS, 07.03.2017, rol 47.890-2016; *Fisco con Municipalidad de Lo Barnechea*. CS, 05.01.2016, rol 3.022-2015). De este modo, los eventuales demandantes climáticos podrían emular a particulares y ONG internacionales que han interpuesto acciones de RE contra Estados, solicitando a los tribunales competentes que ordenen a los demandados adoptar medidas de mitigación climática más ambiciosas, como ocurrió en el famoso juicio iniciado por la ONG *Urgenda* contra el Estado holandés, el cual fue condenado por sentencia de la Corte Suprema de los Países Bajos de 20 de diciembre de 2019 (ECLI:NL:HR:2019:2007 https://uitspraken.rechtspraak.nl.) a reducir las emisiones de GEI por sobre los niveles asumidos por aquél en virtud del Acuerdo de Paris de 2015*(27)*. La corte fundó la RE del Estado holandés, entre otros, en el principio de equidad intergeneracional, consagrado en el art. 3 nº1 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 (CMNUCC), promulgada por DS 123 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 13 de abril de 1995, el cual conmina a las Partes a "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" y exige a las naciones desarrolladas a "tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos".

En segundo lugar, la CS ha conocido de demandas de RE deducidas entre particulares o por el Estado u órganos de éste contra los primeros, pidiendo la indemnización de perjuicios originados en episodios de contaminación ambiental o la cesación de actividades industriales riesgosas para prevenir daños y/o su repetición. Por ejemplo, en *Municipalidad de Quintero con Enap Refinerías S.A.*, dicho municipio interpuso la acción por daño contingente (Art. 2333 CC) en carácter de acción popular (actuando en beneficio de los habitantes de esa comuna) en contra de Enap Refinerías S.A. (Enap), solicitando al tribunal civil que condenara a la demandada a tomar en sus instalaciones, ubicadas en el Terminal Marítimo de Quintero, todas las medidas necesarias para impedir la producción de los daños amenazados por la contaminación ambiental que afectó a la población de la zona en agosto y septiembre de 2018. No obstante que los tribunales de las instancias y la CS (Juzgado de Letras y Garantía de Quintero, 13.02.2019, rol C-237-2019; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08.07.2019, rol 718-2019; CS, 21.12.2020, rol 22.893-2019) rechazaron la demanda por razones técnicas –por un lado, porque no existió un riesgo o "daño contingente", como exige la ley, sino de un daño consumado, *ergo* nada había que prevenir; y, por otro lado, porque la acción fue tramitada en procedimiento ordinario, debiendo haberse sustanciado en juicio sumario–, el fallo de la CS es doblemente relevante. Primero, la CS afirmó la plena vigencia de la acción preventiva por daño contingente contra actividades o proyectos que amenazan causar daños patrimoniales, morales o ambientales a personas determinadas o indeterminadas, de la que conocen los tribunales civiles. Luego, esta acción llena el vacío de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la que contempla únicamente la acción de reparación del daño ambiental, que es de competencia de los TA. Segundo, la CS confirmó que dicha acción disuasiva requiere, por su naturaleza, de una tramitación rápida para prevenir eficazmente el daño. En consecuencia, la acción por daño contingente, que pasó prácticamente desapercibida durante el siglo XX*(28)*, puede erigirse en uno de los aportes más valiosos del Derecho Privado y del Derecho Procesal a la lucha contra el cambio climático en pleno siglo XXI, en lo que a la mitigación y adaptación climática atañe.

En tercer lugar, en diversos pronunciamientos recaídos en juicios sobre RA, los TA y la CS han reconocido los principios preventivo y precautorio, los que obligan al Estado (y a los particulares) a actuar ante hechos o conductas que generan

riesgos de daño ambiental significativo, pese a la incertidumbre científica sobre la probabilidad de que los daños sobrevengan (*Estado-Fisco de Chile con Minimal Enterprises Company y Elmira shipping and Trading*, CS, 02.06.2014, rol 14.209-2013, 10º; *Pampa Camarones S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente*, CS, 24.04.2017, rol 61.291-2016, 14º), ordenándoles, por ejemplo, reducir las emisiones de GEI (*Bautista con Endesa S.A.*, CS, 03.08.21, rol 3.928-2019). La CS podría invocar uno o ambos principios como argumento para atribuir RE por falta de servicio al Estado, por ejemplo, si las regulaciones y medidas de mitigación o adaptación climática implementadas por aquél fuesen insuficientes para alcanzar la meta de carbono neutralidad. La CS podría asimismo esgrimir tales principios para imputar RE o RA a personas naturales y jurídicas privadas, particularmente contra los mayores emisores de GEI en Chile. Sin embargo, es previsible que estos eventuales demandados se defiendan sosteniendo, por un lado, que su actividad económica o industrial (especialmente la quema de combustibles fósiles) es lícita –sobre todo si no supera el umbral fijado por la norma de emisión respectiva– y, por otro lado, que no existe un nexo causal directo y necesario entre dicha conducta y los daños (personales o ambientales) cuya reparación se reclame. En este sentido, cabe indicar que la ciencia de la atribución y de la detección ha progresado aceleradamente en la demostración de la causalidad genérica, es decir, la aptitud de una actividad dada para causar cierto tipo de daño*(29)*. Empero, para poder asignar RE o RA a uno o más demandados, es indispensable acreditar la causalidad específica, esto es, que el concreto demandado infligió el daño alegado por la específica demandante. La prueba de este vínculo causal sigue siendo el gran obstáculo para imputar RE y RA por los daños emanados del cambio climático*(30)*.

El problema de la causalidad específica. Un ejemplo reciente

La CS todavía no ha fallado casos de RE o RA por cambio climático. Sin embargo, en *Chahuán contra Enap S.A. y Otros*, la CS emitió un importante pronunciamiento conociendo de las acciones de protección (art. 20 Constitución Política de la República de Chile) deducidas contra el Estado y varias compañías del Complejo Industrial Ventanas, incluida Enap, originadas en los citados episodios de intoxicación de 2018, y acogió tales acciones sólo contra el Estado. En efecto, confirmando lo decidido en primera instancia (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19.02.2019, rol 7.266-2018), la CS desestimó las acciones interpuestas contra las empresas.

La CS consideró que la actividad industrial de estas es lícita y concluyó que, no obstante probarse la causalidad genérica entre las emisiones de los gases y la contaminación aérea, no se demostró la causalidad específica: no se probó "cuáles son los compuestos, elementos o gases que causaron los episodios de intoxicación, cuáles fueron las fuentes que los emitieron, quiénes son los responsables ni cuáles son las consecuencias precisas para la población de esas localidades de haberse visto expuestas a su presencia en el medio ambiente… los gases sujetos a normas de emisión, esto es, aquellos que son objeto de medición en las distintas estaciones que conforman la red de monitoreo establecida en la zona, fueron producidos en las fechas respectivas dentro de los parámetros permitidos…[y] en el sector se generan otros elementos o compuestos, no identificados ni regulados, que podrían haber colaborado en la generación de los eventos de que se trata…En consecuencia… hay una completa y absoluta falta de antecedentes en torno a este extremo, hasta el punto de que es posible aseverar que, transcurridos más de nueve meses desde los primeros hechos materia de autos, aún se ignora qué productos los provocaron". Por ende, añadió la CS, "existiendo antecedentes suficientes para presumir, fundadamente, que la actividad económica llevada a cabo por las distintas empresas, tanto públicas como privadas, asentadas en el llamado Complejo Industrial Ventanas sería la causante de los persistentes y graves episodios de contaminación e intoxicación que han afectado a los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví por largo tiempo, y, en lo que interesa a los recursos acumulados, de las situaciones ocurridas en agosto y septiembre del año recién pasado, no existen, sin embargo, elementos de juicio bastantes para atribuir responsabilidad a ninguna de tales empresas en concreto, puesto que, como se dijo, hasta esta fecha no ha sido posible establecer con certeza cuál o cuáles

son los compuestos que causaron tales incidentes" (CS, 28.05.2019, rol 5.888-2019, 35º).

Con todo, la CS, basándose en los principios preventivo y precautorio, acogió las acciones de protección contra órganos del Estado comunales, provinciales, regionales y nacionales; los condenó a adoptar distintas medidas para evitar la repetición de episodios de intoxicación como el de 2018; y los obligó a identificar las causas, efectos y responsables de esos eventos. La CS afirmó que "ante esa falta de antecedentes y de certeza, el principio precautorio dicta que se deberán adoptar todas las medidas pertinentes para identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como para establecer cuál es el origen de cada uno de ellos, a la vez que se deberá discernir, a partir de esos datos, cuáles son los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente" (CS, 28.05.2019, rol 5.888-2019, 41º). Agregó que "la incertidumbre descrita pone de relieve con mayor fuerza, si cabe, la conveniencia y urgencia de cautelar los derechos fundamentales de quienes habitan en las comunas señaladas, en especial porque así lo exige el principio precautorio ambiental, en cuya virtud la autoridad habrá de agotar los medios y medidas que fueren precisas para identificar y caracterizar la totalidad de los elementos contaminantes presentes en el medio ambiente del sector tantas veces mencionado, debiendo llevar a cabo, enseguida, las demás acciones que los conocimientos así adquiridos sugieran" (CS, 28.05.2019, rol 5.888-2019, 38º). E indicó que "de no disponerse actuaciones como las descritas, resultará imposible determinar cuáles son los contaminantes específicos presentes en las comunas de Quintero y Puchuncaví, así como controlar tanto sus fuentes cuanto los efectos que ellos producen, con el objeto de morigerar e, incluso, de suprimir, de ser ello necesario, atendidos los nuevos antecedentes de que se dispondrá, las consecuencias nocivas que sobre la salud e, incluso, la vida de las personas, puedan causar, sin perjuicio de los efectos que sobre los distintos componentes del medio ambiente hayan de generar. En esa perspectiva, y considerando que el único medio por el que se podrá establecer, una vez concluidas las actuaciones descritas más arriba, y aplicando esta vez el principio preventivo, la naturaleza, entidad, efectos y riesgos que puedan comportar los productos generados en su actividad por las diversas empresas y demás fuentes existentes en el lugar, está constituido por un detallado examen, análisis y cuantificación de los mismos, se dispone que las autoridades sectoriales deberán realizar las actuaciones que fueren necesarias para determinar a la brevedad y con precisión la identidad de todos y cada uno de los elementos o compuestos dañinos para la salud y para el medio ambiente generados por las empresas asentadas en el Complejo Industrial Ventanas, así como por las demás fuentes existentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y para establecer con detalles cuáles son sus características, fuentes y efectos en la salud de la población y en los distintos elementos que componen el medio ambiente, sea que se trate del aire, del agua o del suelo" (CS, 28.05.2019, rol 5.888-2019, 44º).

Entre las medidas dispuestas por la CS, sobresalen dos: el Estado deberá determinar los compuestos nocivos para la salud y el medio ambiente producidos por las fuentes emisoras, junto con sus características, fuentes y efectos en la salud de las personas y en los elementos del entorno; y el Estado deberá reducir las emisiones generadas por las fuentes respectivas a los umbrales que establecerán las autoridades administrativas competentes (CS, 28.05.2019, rol 5.888-2019, 45º).

Como se aprecia, el caso reseñado ilustra la enorme dificultad que tendrán quienes demanden la RE o la RA del Estado o de privados por los daños que surgen del cambio climático a la hora de acreditar la causalidad específica entre la conducta reprochada (por ejemplo, las emisiones de GEI de uno o más demandados concretos) y los daños personales o ambientales alegados, y, de esa forma, triunfar en los litigios que resolverán los tribunales civiles, los TA y, en definitiva, la CS. Adicionalmente, este caso deja en evidencia que la CS está preparada para dictar medidas de mitigación o disminución de las emisiones de GEI, fin prioritario de la CMNUCC, cuyas Partes renuevan anualmente en sus conferencias (COP), la última de las cuales se efectuó en noviembre de 2022 (COP 27).

La necesidad de intervención judicial ante un legislador durmiente

El Acuerdo de París fue adoptado el 12 de 2015 en la COP 21 y promulgado por Decreto Supremo 30, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 23 de mayo de 2017. El art. 2 nº1 letra a) dispone que "El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello: a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático".

Sin embargo, la meta pactada en el Acuerdo de Paris de 2015 para impedir un aumento de la temperatura global sobre 1.5ºC respecto de los niveles pre-industriales, lamentablemente no podrá alcanzarse. En efecto, según informó *The Economist* los días 5 y 20 de noviembre de 2022, en la COP 27 no se avanzó en términos de mitigación sino únicamente en cuanto a la compensación de los daños y pérdidas sufridas por los países más pobres –que son los que menos han contribuido al calentamiento global– por las naciones más desarrolladas, que son las principales responsables del problema.

A este panorama desesperanzador, se suma la última sentencia de la Corte Suprema de EEUU en la materia, de fecha 30 de junio de 2022, recaída en el litigio *West Virginia v. EPA* (597 U.S._2022), donde una mayoría de 6 jueces contra 3 coartó drásticamente las atribuciones de la *Environmental Protection Agency* (EPA) para regular las emisiones de GEI de las centrales termoeléctricas. La corte declaró que la ley del aire limpio (*Clean Air Act*, CAA) no autoriza a la EPA para obligar a las generadoras a sustituir los combustibles fósiles por ERNC, pudiendo sólo exigirles soluciones tecnológicas que no las fuercen a hacer abandono del carbón. Únicamente el Congreso podría modificar la CAA y ampliar el poder regulador de la EPA.

La jueza Kagan, una de las disidentes, criticó duramente la sentencia de la mayoría: "la Corte despoja a la [EPA] … de la facultad que el Congreso le confirió para responder al 'desafío ambiental más apremiante de nuestro tiempo' (*Massachusetts v. EPA,* 549 U.S. 497, 505 (2007), Stevens J) … Las causas y peligros del cambio climático ya no están más sujetas a dudas serias. La ciencia moderna es 'inequívoca en cuanto a que la influencia humana' –en particular, la emisión de gases de efecto invernadero como el dióxido de carbono– 'ha calentado la atmósfera, el océano y la tierra'*(31)* … de continuar la tasa actual de emisiones, los niños nacidos este año podrían vivir para ver sectores de la costa este tragados por el océano". La jueza Kagan afirmó que la mayoría de la corte "no tiene ni idea cómo abordar el cambio climático. Y digamos lo obvio: hay mucho en juego aquí. Empero, hoy la Corte impide la acción de una agencia autorizada por el Congreso para frenar las emisiones de dióxido de carbono de las centrales eléctricas. La Corte se designa a sí misma —en lugar del Congreso o de la agencia de expertos— como la tomadora de decisiones sobre la política climática. No puedo pensar en muchas cosas más aterradoras" (597 U.S._1, 32-33, (2022), Kagan J.).

De esta manera, la Corte Suprema estadounidense dejó sin efecto su importante fallo de 2007 en *Massachusetts v. EPA*, donde admitió que "[u]n bien documentado aumento en las temperaturas globales ha coincidido con un incremento significativo en la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera. Científicos respetados creen que ambas tendencias están relacionadas. En efecto, cuando el dióxido de carbono es liberado en la atmósfera, aquél actúa como el techo de un invernadero, capturando la energía solar y retardando el escape del calor reflejado. Por tanto, él es una especie —la especie más importante— de un 'gas de efecto invernadero'" (U.S. 497, 533 (2007), Stevens J.).

En *Massachusetts*, este y varios otros Estados, ciudades y ONG ambientales impugnaron la decisión de la EPA de no regular emisiones de GEI procedentes de vehículos motorizados. A juicio de la EPA, la CAA le concedía la facultad discrecional de regular o no las emisiones y, por ende, podía rehusarse a regularlas ante la incertidumbre

sobre las causas y efectos del cambio climático. Los demandantes alegaron que la falta de medidas de reducción de GEI exponía a la población al riesgo de sufrir daños cuantiosos atribuibles al cambio climático, circunstancia que probaron mediante testimonios de expertos. La Corte, por 5 votos contra 2, obligó a la EPA a regular las emisiones de GEI, señalando que ésta únicamente podía negarse a tomar medidas siempre que demostrara que los GEI no contribuyen al cambio climático o proporcionara una explicación razonable de por qué no puede ejercer o no ejercerá su discreción para determinar si los GEI contribuyen al cambio climático (549 U.S. 497 (2007)).

Como se ve, es claro que *West Virginia* implica un franco retroceso judicial en la lucha contra el calentamiento global en los EEUU.

Conclusión

En este breve artículo no ha sido posible especular sobre la posición concreta que la CS debiera asumir en el futuro inmediato o mediato en lo que a mitigación y adaptación climática concierne. Simplemente no es factible prever cómo reaccionará nuestro máximo tribunal en situaciones como las que han sido zanjadas por la Corte Suprema estadounidense, en los casos antes comentados, donde arribó a soluciones por completo disímiles según si observó una política intervencionista (*Massachusetts*) o aplicó un criterio deferente al legislador (*West Virginia*), variación que halla una explicación sensata en la distinta composición de ese tribunal, con un predominio liberal (2007) o conservador (2022).

Con todo, teniendo en cuenta la experiencia acumulada por la CS conociendo del recurso de casación en el fondo en juicios de RE y RA, especialmente por su Sala Tercera en pleitos dirigidos en contra del Estado por supuesta falta de servicio, o en litigios del Estado contra particulares o entre estos, así como también conociendo de acciones de protección (como en *Asociación de Prestadores de Servicios Turísticos de Mejillones con Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental*, CS, 19.04.22, rol 71.628-2021), es previsible que la CS mantenga o incluso profundice su tendencia a proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el art. 19 nº8 CPR, y los valores ético-ambientales envueltos en las normas legales y en los principios jurídicos de reparación integral del daño, de prevención, de precaución y de justicia intergeneracional, en los próximos casos que se ventilen ante los TA y tribunales civiles chilenos con el fin de prevenir o resarcir los daños derivados del calentamiento global, originado en las emisiones de GEI.

Referencias

1. Vicuña S., Pica-Téllez A. Introducción a la mitigación. En: Castilla JC., Meza F., Vicuña S., et al., eds. *Cambio climático en Chile: Ciencia, mitigación y adaptación*. Santiago de Chile: Ediciones UC; 2019: 101-26.
2. Kawall J. A History of Environmental Ethics. In: Gardiner S., Thompson A., eds. *The Oxford Handbook of Environmental Ethics*. Oxford: Oxford University Press; 2017: 13-26.
3. Attfield R. *Environmental Ethics*. Oxford: Oxford University Press; 2017: 4-10, 17-19, 29-37.
4. O'Neill O. *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press; 1996: 113-21, 32-37.
5. Jonas H. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (trad. Fernández J.). Segunda edición. Barcelona: Herder; 1995: 85-87.
6. Jamieson, D. When Utilitarians Should be Virtue Theorists. *Utilitas* 2007; 19: 160-83.
7. Aristóteles. Ética Nicomaquea (trad. Samaranch F.). Segunda edición. Madrid: Ediciones Aguilar; 1977: L. V, Cap. 4, 1228-29.

8. Weinrib E. *Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press; 2012: 1-21.
9. Coleman J. *Risks and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press; 2002: 303-28.
10. Cane P. *Key Ideas in Tort law*. Oxford: Hart Publishing; 2017.
11. Barros E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2020: 45-53, 223-27, 240, 257-59, 974-81.
12. Abraham K. *The Forms and Functions of Tort Law*. Fifth edition. Saint Paul: Foundation Press; 2017: 18-20.
13. Posner R.A. A Theory of Negligence. *Journal of Legal Studies* 1972; 1: 29-96.
14. Calabresi G. *The Costs of Accidents*. New Haven: Yale University Press; 1970: 33-45.
15. Mattei U., Quarta A. *The Turning Point of Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing; 2019: 1-10, 121-45.
16. Gény F. Risque et responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*; 1902: 812-49.
17. Ewald F. The Return of Descartes's Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution (trans. S. Utz). In: Baker T., Simon J., eds. *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*. Chicago: University of Chicago Press; 2002: 273-301.
18. Moréteau O. Catastrophic Harm in United States Law: Liability and Insurance. American Journal of Comparative Law; 2010; 58: 69-95.
19. Cane P. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing; 1997: 5, 116-22.
20. Banfi C. Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. *Ius et Praxis* 2012; 18: 3-32.
21. Banfi C. Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 2017; 24: 69-107.
22. Banfi C. De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* 2017; 30: 97-125.
23. Goldberg J.C.P., Zipursky B.C. *Recognizing Wrongs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press; 2020: 1-5, 44-51.
24. Banfi C. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y precaución*. Valencia: Tirant Lo Blanch; 2022.
25. Romero A. *El recurso de casación en el fondo civil: propuestas para la generación de precedentes judiciales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters; 2013: 10-18.
26. Ducci C. *Derecho civil. Parte general*. Cuarta edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2005: 103.
27. Verschuuren J. Climate Change and the Individual in the Netherlands. In: Sindico F., Mbengue M., eds. *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*. Springer: Cham; 2021: 75-90.
28. Díez J.L. La acción por daño contingente del artículo 2333 del Código Civil en movimiento: tres casos de jurisprudencia reciente. En: Barría M., Díez J.L., De la Maza Í., et al., coord. *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters; 2019: 723-41.
29. Burger M., Wentz J., Horton R. The Law and Science of Climate Change Attribution. *Columbia Journal of Environmental Law* 2020; 45: 57-241.
30. Kysar D.A. What Climate Change Can Do About Tort Law. *Environmental Law* 2011; 41: 1-71.
31. Intergovernmental Panel on Climate Change. Summary for Policymakers. In: Masson-Delmonte V., Zhai P., Pirani A., et al. (eds.). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Ginebra: IPCC*. En: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf.

Recibido: 23 de noviembre de 2022
Aceptado: 10 de diciembre de 2022