

WORKING PAPER N° 12

LA SELECCIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN EL CONTEXTO DE CONFLICTOS CONCRETOS: HERRAMIENTAS PARA LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

Jordi Jaria-Manzano (coord.), Javier Francisco Arenas, Daniel Iglesias Márquez,
Maria Chiara Marullo, Gastón Médici, Agustín Viguri Perea

CONCLIMA

Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad

Período 2017-2019

DER2016-80011-P

SUMARIO: I. Introducción. II. Medio ambiente, salud humana, y empresas multinacionales acciones en defensa de intereses colectivos. a) Contexto. b) Análisis del caso Volkswagen con énfasis especial en sus aspectos civiles i. Consideraciones generales. ii. En torno al laberinto de acuerdos extrajudiciales y sanciones que rodean al caso. iii. Sobre la jurisprudencia en la materia. A) Estados Unidos. B) España. C) Alemania. iv. Recapitulación. c) Acciones colectivas y reequilibrio procesal. III. Litigación climática y Derecho aplicable. a) Fundación Urgenda y ot. v. Los Países Bajos (Países Bajos, 2015 y 2018). b) Ashgar Leghari v. Federación de Pakistán y ot. (Pakistán, 2015). c) Kelsey Cascadia Rose Juliana v. Estados Unidos de América y ot. (Estados Unidos, 2016). d) Earthlife Africa Johannesburg v. El Ministro de Asuntos Ambientales y ot. (Sudáfrica, 2017). e) Sarah Thomson v. El Ministro de Cambio Climático (Nueva Zelanda, 2017). f) Andrea Lozano Barragán y ot. v. La Presidencia de la República de Colombia y ot. (Colombia, 2018). g) Sobre el rol del Poder Judicial y la constitución. IV. Una concepción compleja de la constitución para la protección de las vulnerabilidades. a) Presentación. b) El río Atrato y su reconocimiento como sujeto de derechos. c) La política pública de inclusión de acciones afirmativas a favor de los recicladores en Bogotá. d) El daño significativo en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La transición hacia el Antropoceno, epitomizada por la toma de conciencia sobre el proceso de cambio climático inducido por la acción antrópica, implica cambios fundamentales en la concepción del Derecho, que, como otras disciplinas debe evolucionar para dar cuenta de los cambios y las necesidades que implica la

nueva época geológica en la que nos encontramos¹. En este contexto, la humanidad, en el momento en el que se produce la fusión entre el tiempo geológico y el tiempo histórico que habían estado separados en las concepciones hegemónicas del conocimiento a lo largo de la Modernidad, se ve en la necesidad de plantear entornos de toma de decisiones de dimensión global². Por otra parte, ello exige una reconsideración de las concepciones hegemónicas del Derecho, estructuradas al entorno del positivismo jurídico y una idea cerrada y piramidal del conjunto de normas aplicables, lo que debe proyectarse, en última instancia en la praxis de los tribunales³.

A la hora de plantear este informe partimos de tres presupuestos para delimitar los diferentes aspectos estudiados en relación con prácticas jurisprudenciales que permiten avanzar hacia concepciones nuevas del Derecho, fundadas en la centralidad de la constitución, entendida como núcleo del consenso social y parámetro para la resolución de los conflictos sociales, configurándose, en consecuencia, como parámetro fundamental en el diseño de las estrategias procesales dirigidas a hacer efectivo el control del poder⁴. En primer lugar, tomamos en consideración que las prácticas previsibles de los reguladores tienden a estar capturadas por los intereses corporativos en el contexto de la

¹ El término 'Antropoceno' empezó a utilizarse en el contexto de los trabajos del International Geosphere-Biosphere Programme (IGBP) a partir de 2000. Vid. Paul J. Crutzen, Eugene F. Stoermer, "The «Anthropocene»", *Global Change Newsletter* 41, 2000, p. 17-18, trabajo que empezó a difundir el término. Sin embargo, puede considerarse que el punto de inflexión en la adopción de esta narrativa como descripción comprehensiva del presente, se produce con la publicación del trabajo de Paul J. Crutzen, "Geology of mankind", *Nature* 415, 2002, p. 23. En cuanto al impacto del Antropoceno en el pensamiento jurídico, vid. Jorge E. Viñuales, "The Organisation of the Anthropocene. In Our Hands?", *International Legal Theory and Practice* 1(1), 2018, p. 1-81.

² Esta separación narrativa era el presupuesto para concebir la Tierra como un repositorio inagotable de recursos para el despliegue del tiempo histórico, que, por otra parte, venía marcado por una dirección, la del progreso. Sobre la importancia de la deshistorización de la naturaleza o la divisoria entre geología e historia en las concepciones hegemónicas del conocimiento y su proyección sobre la depredación de la naturaleza, vid. Christophe Bonneuil, Jean-Baptiste Fressoz, *The Shock of the Anthropocene: The Earth, History and Us*, Verso. Londres, Brooklyn, 2017 (edición inglesa de David Fernbach), p. 204.

³ En relación con ello, vid. Jordi Jaria i Manzano "La identificación del Derecho aplicable en un contexto normativo complejo", VVAA, *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2015, p. 89-117.

⁴ Vid., en este sentido, Peer Zumbasen, "Carving our typologies and Accounting for differences across Systems: towards a methodology of transnational constitutionalism", Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford. Oxford University Press, 2012, p. 96.

fase financiera del proceso de acumulación capitalista, lo que conlleva una transición desde el espacio de la regulación al espacio de la litigación en la articulación de estrategias climáticas contrahegemónicas que superen la tendencia *business-as-usual* de los actores institucionales⁵.

En segundo lugar, consideramos que, en este escenario de intercambio social global en el que nos encontramos, no puede sostenerse una concepción de la constitución y, en general, del Derecho basado en los patrones del positivismo legalista, sino que más bien los operadores jurídicos deben construirla a partir de materiales normativos diversos que van generándose en proceso abierto y fragmentado de producción⁶. Finalmente, en tercer lugar, entendemos la constitución más bien como un espacio de conflicto, en el que se disputan las hegemonías que definen las prácticas sociales aceptadas, más que como un espacio de regulación institucional⁷.

A partir de estos tres presupuestos, consideramos que una eventual constitución climática global va a venir definida, de manera evolutiva y provisional, por la práctica de los tribunales a partir de un proceso de selección, interpretación y aplicación del Derecho que viene inspirado por la concepción de la constitución como parámetro de control del ejercicio del poder, de generación de hegemonías

⁵ Sobre el concepto de *regulatory capture*, vid. Ernesto Dal Bó, "Regulatory Capture: A Review", *Oxford Review of Economic Policy* 22(2), 2006, p. 203-225. En el caso español, se refiere a esta idea, Alba Nogueira López, "Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades", Avelino Blasco Esteve (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP. Madrid, 2011, p. 139. En cuanto al tránsito de la regulación a la litigación, Esta es la tesis que sostienen Myles R. Allen y Richard Lord, en "The blame game", *Nature* 432, 2004, p. 552, donde, en referencia específica al cambio climático, que, de hecho, constituye la expresión más transparente del paradigma del Antropoceno, señalan que "[u]ntil now, most of the legal focus has been on regulations, but litigation in relation to greenhouse-gas emissions is increasingly likely, and has already started". Se sostiene lo contrario desde las páginas de *The Economist* (vid. "Crude awakening", *The Economist*, 9 de febrero de 2019, p. 7), en base al relativo fracaso de las demandas contra las grandes corporaciones tabaqueras en los años noventa en relación con una disminución efectiva del impacto del tabaco en la salud pública. Sin embargo, creo que se trata de fenómenos distintos, en la medida en que la litigación climática juega un papel estratégico en el marco del establecimiento de mecanismos efectivos de control del poder y participación democrática en el contexto del Antropoceno, no ya la canalización de intereses parciales de afectados por determinadas políticas empresariales en sectores concretos.

⁶ Armin von Bogdandy, en Armin von Bogdandy, "Comparative Constitutional Law: A Contested Domain. A. Comparative Constitutional Law: A Continental Perspective", Rosenfeld, Sajó, *The Oxford Handbook...* cit., p. 26, habla de un "*normative pluriverse*".

⁷ Vid. Carlos de Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta. Madrid, 2014, p. 59.

discursivas y de prácticas institucionales y, en definitiva, como instrumento para la promoción de unos determinados procesos sociales, cuya naturaleza viene condicionada, a partir de ahora, por la narrativa del Antropoceno, que exige su delimitación para preservar la propia base biofísica de la acción social, así como para hacerlo en unos términos justos y equitativos que permitan una inclusión efectiva de todos los actores de la sociedad global.

Este es el horizonte en el que despliega el proyecto de investigación en su conjunto y este informe en particular, cuya pretensión, en definitiva, es explorar las prácticas de los tribunales en diferentes facetas que se relacionan con los conflictos que se producen en relación con las consecuencias de la reproducción social hegemónica sobre el Sistema Tierra. En este sentido, se han seleccionado una serie de áreas temáticas en las que puede observarse como los tribunales avanzan en el diseño de artefactos hermenéuticos en el despliegue de estrategias de control y protección, cuya sustancia, en última instancia, es de tipo constitucional, aunque se utilicen herramientas y conceptos propios del Derecho privado o del Derecho administrativo, en la medida en que se utilizan en el contexto de procesos que pretenden establecer núcleos axiológicos fundamentales que se proyecten como límites al ejercicio del poder, sea este de carácter estatal, sea de carácter corporativo.

En cualquier caso, para enfocar el problema en toda su dimensión, cabe referirse a la progresiva eclosión de un patrón constitucional global destinado a la consolidación de las prácticas hegemónicas de reproducción social y, por lo tanto, a la preservación de las dinámicas insostenibles e inequitativas que han llevado al capitalismo global a una modificación comprehensiva del Sistema Tierra. En este sentido, cabe señalar que el análisis aquí planteado quedaría incompleto sin referirnos al desarrollo de tales estrategias constitucionales, destinadas a consolidar y proteger las dinámicas del actual metabolismo social global, determinado por las prácticas y las concepciones definidas a lo largo de la evolución de la economía-mundo capitalista. Ello nos sitúa en el parteaguas entre prácticas jurisprudenciales mayoritaristas y deferentes con el poder corporativo y el desarrollo de estrategias de control de vocación constitucional.

En relación con ello, los distintos campos de desarrollo jurisprudencial que se presentan a continuación se han identificado como relevantes por parte del

equipo investigador a la hora de presentar una panorámica, necesariamente parcial, pero significativa, de las prácticas jurisprudenciales relevantes en el diseño y la construcción de un discurso de sustancia constitucional que debería servir para ir configurando una respuesta global efectiva, sostenible y equitativa en relación con el cambio climático. Así, se han seleccionado los siguientes ámbitos de estudio: las *class actions* como estrategias procesales efectivas de control del poder corporativo y de modificación de las prácticas empresariales; las estrategias de selección e interpretación del Derecho en el ámbito de la litigación climática, cuyos detalles se estudian con mayor profundidad en otros informes del proyecto; así como las recientes innovaciones hermenéuticas desarrolladas por algunos tribunales para la protección de las vulnerabilidades, particularmente, en relación con los pueblos indígenas y las realidades no humanas.

II. MEDIO AMBIENTE, SALUD HUMANA Y EMPRESAS MULTINACIONALES: ACCIONES EN DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS

a) Contexto

Uno de los ámbitos más prometedores en el contexto de exigencia de responsabilidades en relación con el cambio climático —lo que tiene indudable impacto tanto en relación con los estímulos para la mitigación como en relación con los costes de la adaptación— es el que tiene como objetivo la defensa de intereses colectivos ante determinadas prácticas empresariales, terreno que ha ofrecido múltiples desarrollos en las últimas décadas. En el análisis de la cuestión que se presenta seguidamente, se parte de unas premisas sucintas, mediante el recurso al Derecho comparado, para llegar a unas conclusiones finales. Existen dos proposiciones generales que nos conducen, a nuestro juicio, al hecho incontrovertible de que los contratos, en la actualidad, tanto al nivel de los consumidores y usuarios como de las grandes empresas multinacionales, se vienen realizando, en buena medida, en masa, esto es, son *mass contracts*. Parece lógico pensar, por lo tanto, que los daños que puedan producirse en el curso de su íter, derivados de su incumplimiento, serán también masivos, *mass torts*. En consecuencia, la vía más eficaz para su resolución será a través de la aplicación de las acciones de clase, *class actions*.

De manera similar, la magnitud y tipología de las catástrofes ambientales, causadas a menudo por las actividades de las empresas, implican la existencia de una pluralidad de afectados que plantea la relevancia de las acciones colectivas como un instrumento para garantizar el acceso a la justicia por parte de los perjudicados por los daños ambientales.⁸ Así, no todos los afectados son parte procesal, sino que estarán representados por una persona encargada de proteger determinados derechos que pertenece a un grupo de personas, si bien los efectos de la sentencia afectan al grupo como un todo. Este tipo de acciones permiten una mayor economía procesal, ya que distribuyen los gastos entre los diversos afectados. Asimismo, disminuye la asimetría de recursos entre las partes litigantes, especialmente cuando la parte demandada es una empresa multinacional.⁹

A pesar de las muchas definiciones doctrinales de lo que se entiende por acciones colectivas, la doctrina legal coincide en que éstas incorporan un instrumento procesal innovador que tiene como objetivo resolver con mayor eficacia y eficiencia conflictos que afectan a una pluralidad de sujetos en sus derechos, yendo más allá de los intereses particulares. En este sentido, en diversas jurisdicciones, los Estados han incorporado este instrumento en su ordenamiento jurídico para hacer efectivos los denominados derechos e intereses colectivos y difusos como el medio ambiente o los elementos que lo conforman.¹⁰ En materia ambiental, las acciones colectivas están asociadas directamente al Principio 10 de la Declaración de Río que señala que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales está relacionado con la participación de todos los ciudadanos interesados.

Según el Relator Especial sobre la Protección de la atmósfera, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas,¹¹ “[l]a atmósfera es un recurso

⁸ Vid. Julio González Villa, “Las acciones populares y el daño ambiental”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 42(117), 2012, p. 581-620.

⁹ Vid. Luz Figueroa Gómez, Paula Cerón Arboleda, “La eficacia de las acciones populares y sus indicadores”, *Precedente. Revista Jurídica*, 2010, p. 295-307.

¹⁰ Vid. José Carlos Barbosa Moreira, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2, 1992, p. 153-158.

¹¹ Vid. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párr. 365.

natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres; por lo tanto, su protección es una preocupación común de la humanidad”. Por lo tanto, la atmosfera como un interés común y la naturaleza colectiva y difusa de los impactos del cambio climático plantea la viabilidad de recurrir a las acciones colectivas en los litigios por daños asociados al cambio climático que afectan por lo general a una pluralidad de personas. De hecho, la litigación climática en los Estados Unidos ha encontrado su respaldo jurídico, principalmente, en acciones colectivas.

En 2005, en el caso *Comer v. Murphy Oil USA*, en el marco legal de la jurisdicción de los Estados Unidos, un grupo de afectados del Huracán Katrina interpusieron una acción colectiva en contra de las principales empresas emisoras de gases de efecto invernadero (GEI) en Estados Unidos, incluidas las corporaciones *Murphy Oil USA*, *Universal Oil Products*, *Honeywell International Inc.*, *Shell Oil Company*, *The Dow Chemical Company*, *E.I. DuPont De Nemours & Co.*, *Entergy Corp.*¹² Los demandantes reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios causados por el Huracán Katrina, cuyos efectos y capacidad destructiva fueron intensificados por las contribuciones de dichas empresas al cambio climático, a través de sus actividades de producción de productos químicos y quema de combustible fósiles, entre otras.

Por otra parte, cabe destacar que en algunas jurisdicciones las acciones colectivas pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de la comunidad sin exigirse un requisito sustancial de legitimación en defensa de los intereses comunes. En el caso *Juliana v. Estados Unidos*, la parte demandante actuó como representante de una organización de la sociedad civil protectora de los derechos de las generaciones presentes y de las futuras¹³.

En el ámbito español, conviene poner de relieve que, cada vez que nos hemos encontrado en nuestro país con problemas legales que han afectado a una pluralidad de grupos, y han abarcado múltiples intereses, nos hemos topado con enormes dificultades en cuanto a la solución de los mismos. Esto ha acontecido, *verbi gratia*, con los casos relativos al aceite de colza desnaturalizado, los efectos

¹² Vid. *Comer v. Murphy Oil USA Inc* 607 F.3d 1049 (5th Cir 2010).

¹³ *Juliana v. United States*, No. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146.

nocivos del consumo de fármacos —tales como la talidomida— o asuntos bancarios como las cláusulas suelo, así como con diferentes desastres ambientales, como la catástrofe del Parque Nacional de Doñana, el hundimiento del buque petrolero Prestige, el desbordamiento de la presa de Tous etc.

En el ordenamiento español, las acciones colectivas están reguladas en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). No obstante, su ámbito de aplicación se enfoca en la protección de los consumidores y usuarios. El artículo 11.2 de la LEC señala que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. Por su parte, el artículo 11.3 estipula que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, este recurso colectivo no se aplica en caso de daños ambientales que afectan a una pluralidad de personas. Desde una perspectiva del Derecho comparado se recomienda su implantación en nuestro sistema legal, a sabiendas de la tendencia imperante, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, de las defensas individuales fruto, sin duda alguna, de la tradicional influencia proveniente del Derecho romano.

En el ámbito europeo, los Estados aceptan cada vez más la incorporación en sus ordenamientos nacionales, mecanismos de litigación colectiva debido a una creciente preocupación por instaurar procedimientos colectivos que den una respuesta más eficaz a todos los posibles daños de masa que se generan en las sociedades actuales. Al menos 10 países de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Italia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, España, los Países Bajos y el Reino Unido) han adoptado algún tipo de

mecanismo de acción colectiva que se aplica a determinados supuestos previstos en la legislación nacional.¹⁴

No obstante, el desarrollo legislativo de las acciones colectivas varía de acuerdo a las distintas culturas jurídicas de los estados, y está asociado principalmente a la protección de los consumidores y al Derecho de la competencia. La heterogeneidad normativa y el distinto grado de evolución de la regulación de los instrumentos de litigación colectiva y de defensa de los intereses supraindividuales implica una profunda desigualdad en el acceso a la justicia en los tribunales nacionales.¹⁵ Siguiendo la argumentación que ha sido reconocida por el propio Parlamento Europeo, “*the described heterogeneity within the European Union is problematic as not all European citizens are awarded the same level of protection and this variety appears*”¹⁶. La homogeneización de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de la Unión Europea ha sido propuesta por las instituciones europeas, pero no se ha llegado a ningún resultado concreto, ya que genera cierta reticencia por parte de los estados miembros.

Por su parte, la regulación de las acciones colectivas en materia ambiental es aún incipiente, lo que impide que los afectados por los impactos ambientales puedan hacer uso de este instrumento. Tan solo algunas jurisdicciones contemplan las acciones colectivas en materia, como Francia, que, en el artículo L142-3 del Código Ambiental, estipula que, cuando varias personas físicas identificadas hubieran sufrido daños personales causados por la acción de una misma persona y con un origen común, toda asociación a solicitud de, al menos dos de las personas físicas afectadas, podrá incoar en su nombre la correspondiente acción de reparación de los daños ante la jurisdicción competente.

¹⁴ Vid. European Parliament, Collective redress in the Member States of the European Union, 2018; disponible en: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf)> [consultado el 23 de julio de 2019].

¹⁵ Vid. Laura García-Álvarez, “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 30, 2015.

¹⁶ Cfr. European Parliament (2018). op. cit.

Por ende, la implantación de este recurso colectivo en los litigios climáticos es aún limitada en la mayoría de las jurisdicciones de los estados europeos. En este sentido, la Comisión Europea urge la regulación de las acciones colectivas, y ha recomendado la aplicación de mecanismos de recursos colectivos en materia de medio ambiente por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria, ya que permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda, de modo que facilita el acceso a la justicia, especialmente en los casos donde los perjuicios individuales son tan limitados que los demandantes potenciales podrían considerar superfluo interponer una acción.¹⁷

Más allá del ámbito europeo cabe hacer referencia a algunas otras jurisdicciones, como Argentina y Brasil que incorporan recursos colectivos en defensa del medio ambiente. En Argentina, el artículo 43 de la Constitución Nacional concede a toda persona el derecho para interponer acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías que cuenten con un reconocimiento en la Constitución, un tratado o una ley, incluido el medio ambiente. En Brasil, el artículo 5 de la Constitución señala que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público de una entidad en la que el Estado participe, que afecte a la moralidad administrativa, que perjudique el medio ambiente o pueda suponer un detrimento para el patrimonio histórico y cultural.

En el Derecho angloamericano, la aplicación de las acciones colectivas se ha materializado con éxito en múltiples ocasiones. Por ejemplo, en lo que hace referencia al asbesto —como en el litigio *Manville* (dilucidado en el Estado de Nueva York)—, a las prótesis mamarias de silicona, fabricadas por la compañía multinacional Dow Chemical (concentradas en el Estado de Alabama), así como a las desoladoras secuelas derivadas del consumo de tabaco (resueltas en el

¹⁷ Vid. la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60), disponible en: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/collective_redress_en.htm> [consultado el 23 de julio de 2019].

Estado de Florida) y, más recientemente, en relación directa con el tipo de reclamaciones que nos ocupa, en lo que incumbe al fraude en las emisiones de automóviles (planteadas en el Estado de California). No obstante, en materia de medio ambiente, se plantean una serie de retos procesales derivados de la dificultad de establecer el vínculo causal entre las acciones u omisiones atribuidas a la parte demandada y un daño particularizado y vinculado con los impactos de la degradación ambiental.

Dentro del marco jurídico de nuestro análisis, vamos a hacer hincapié en el caso del famoso fraude conocido como *Dieseldgate*, por lo que respecta a las emisiones de óxido de nitrógeno emitidas por los vehículos del Grupo Volkswagen (VW), el mayor fabricante de automóviles alemán, y el segundo del mundo, con sede en Wolfsburg (Baja Sajonia), y que ha venido operando desde la década de los años 30. A parte de la marca VW, que es la más vendida del mentado grupo, produce también los modelos de coches Audi, Bentley, Bugatti, Ducati, Lamborghini, Porsche, Seat, Škoda, además de los camiones Scania y Man. El potencial de la compañía puede, asimismo, cifrarse en el hecho significativo de que tres de sus modelos, esto es, el Golf, el Escarabajo y el Passat, se encuentran dentro de la lista de las diez que mayores ventas han tenido de toda la historia.

b) Análisis del caso Volkswagen con énfasis especial en sus aspectos civiles

i. Consideraciones generales

A partir del mes de septiembre de 2015, quedó al descubierto que Volkswagen había instalado en sus automóviles, de manera ilegal, ciertos dispositivos electrónicos, en forma de software, que servían para alterar los resultados obtenidos mediante los controles técnicos de emisiones contaminantes. Esta maniobra sirvió para que pudieran superar en Estados Unidos los estándares establecidos por la Environmental Protection Agency (EPA) —encargada de velar por la salud humana y, como su nombre indica, el medio ambiente—, cuando realmente excedían hasta 35 veces el límite legal de óxidos de nitrógeno, en conformidad con las pruebas de homologación que se efectuaron. Quedaron

afectados más de 11 millones de coches con motores diésel, los cuales fueron vendidos en el curso entre los años 2009 y 2015.

A finales de 2012, una organización independiente estadounidense, sin ánimo de lucro, experta en la realización de análisis científicos relativos a reguladores ambientales, la International Council on Clean Transportation (ICCT), encargó a la West Virginia University (WVU), que llevara a cabo un estudio sobre posibles discrepancias en emisiones de vehículos diésel en conducción real. Dicha institución académica ya había tomado parte de un proyecto para la medición de emisiones de vehículos en el curso de su funcionamiento en carretera, cuyos resultados fueron asumidos por la EPA, así como por las autoridades californianas, esto es el California Air Resources Board (CARB).

Si bien, en un principio, la empresa no consiguió encontrar soluciones en el tiempo requerido ni tampoco en cuanto a materia presupuestaria para afrontar el problema creado, más tarde, a pesar de haber logrado las respuestas adecuadas, decidió continuar con su producción. Desde una perspectiva legal, en síntesis, no se trata de un error aislado sino de una cadena de *actos erróneos* imputables a VW.

En lo que hace referencia al *fraude de sus actuaciones*, sin precedente alguno en la historia de este sector comercial, a lo largo de todo este proceso, que se había extendido a nivel mundial, las cifras no dejan lugar a dudas en torno a sus consecuencias. En conformidad con las conclusiones de estudios publicados por algunos relevantes institutos internacionales —verbigracia, el International Institute for Applied Systems Analysis, IIASA—, el fraude por las emisiones contaminantes causaría anualmente más de 5.000 muertes en Europa. A pesar de todo lo expuesto, las demandas por dicho vicio del consentimiento ni siquiera han llegado a los tribunales europeos. Es de suma trascendencia observar que, así como en Estados Unidos, los coches con motores diésel afectados representaron un 2% de las ventas, en Europa la cifra ascendió al 53%, y, en España, al 66%. En concreto, por marcas, en VW se contabilizaron 5 millones de vehículos, en Audi 2,1 millones, en Škoda 1,2 millones, y en Seat, 700.000.

Capítulo aparte son los perjuicios derivados de tales actuaciones fraudulentas, tales como los *daños personales* y *materiales*. No podemos obviar el hecho de que el daño causado a un bien tan preciado para la vida de los seres humanos

como la capa de ozono tiene precisamente como una de sus fuentes de origen el *abuso* en emisiones de óxido de nitrógeno, conocida sustancia cancerígena, como se afirma en múltiples y reiterados estudios realizados.

ii. En torno al laberinto de acuerdos extrajudiciales y sanciones que rodean al caso

A nuestro entender, debemos destacar las diferentes soluciones y baremos existentes a la hora de establecer las sanciones en este caso. Como modelo a seguir, se encuentra el tratamiento que se ha realizado en Estados Unidos. A finales de 2016, el juez Charles Breyer ratificó un *acuerdo* entre el Gobierno Federal, los reguladores de California, y los propietarios de 475.000 coches diésel (marca Volkswagen), por el que la empresa aceptó pagar un importe de 14.700 millones de dólares como compensación por el trucaje de las emisiones.

Entre los términos del mentado acuerdo se incluyó la prohibición de circular a los coches afectados en el supuesto de que no cumplieran las normativas medioambientales, así como su exportación a otros países en los que su legislación fuera más permisiva. Se fijó la fecha de 30 de junio de 2019 para proceder a su reparación o recompra, al menos, en un 85% de sus vehículos diésel de 2 litros implicados. Además, por cada punto porcentual no alcanzado se debería indemnizar con 85 millones de dólares a la EPA y 13.5 a CARB.

A principios de 2017, en concreto, 138.000 propietarios estadounidenses habían procedido ya a la devolución de sus vehículos, y otros 150.000 estaban en trance de hacerlo. En cuanto a su reparación, sólo 67.000 serán objeto de arreglo, puesto que otros 325.000 —vendidos entre los años 2009-2014— requerirían de una instalación demasiado costosa, mediante un sistema selectivo de reducción catalítica que mantuviera sus mismas prestaciones, por lo que serán finalmente objeto de desguace.

Otro modelo digno de ser analizado es el caso alemán. En el mes de junio de 2018 la Fiscalía alemana del *Land* de Braunschweig, a cargo de las investigaciones del fraude, en función de su competencia por la cercanía de la sede central de la compañía, impuso una multa de 1.000 millones de euros —la primera en Europa, que se desglosaría en un importe de 5 millones, más una

devolución de beneficios económicos de 995 millones— por el *incumplimiento de contrato*, por parte de VW, en relación con el *deber de supervisión* en la división de desarrollo de agregados relacionados con las pruebas de vehículos. La empresa decidió no presentar recurso con *asunción de responsabilidad* por la mentada manipulación de las emisiones de gases en los motores diésel. El hecho de que estuvieran equipados con una función de software ilegal, que se pusieran posteriormente a la venta y entraran, por lo tanto, en circulación, eran pruebas incontrovertibles. De este modo, se creó un *precedente* en torno a posteriores reclamaciones sobre el caso.

iii. Sobre la jurisprudencia en la materia

A) Estados Unidos

Las condenas a VW en Estados Unidos sirven para poner en evidencia las lagunas que presenta la litigación colectiva en Europa y sirven de toque de atención para el refinamiento de los instrumentos jurídicos disponibles en la línea de exigir responsabilidades de modo efectivo por la externalización de los costes ambientales y la ocupación de los bienes comunes, cuestiones cruciales en la articulación de la litigación climática y en la construcción de un discurso constitucional que permita avanzar hacia una gobernanza climática más efectiva y equitativa.

Así, en la jurisdicción del Estado de Michigan (Tribunal del Distrito de Detroit, División Sur), el juez Sean Cox condenó en su sentencia (Resolución 1425975/2017) a uno de los empleados de Volkswagen implicado en el *fraude electrónico* —Oliver Schmidt, como demandado, se declaró culpable en el proceso, en conjunción con la propia compañía—, por haber conspirado, en primer lugar, para engañar a las autoridades de los Estados Unidos (parte demandante) con la finalidad de incumplir la legislación ambiental aplicable, a siete años de prisión y a una multa de 400.000 dólares. Otros cargos que se le imputaron fueron los relativos a la obstrucción a la justicia, en segundo término, y una tercera acusación por falso testimonio. Por su parte, la compañía VW, por su culpabilidad en el proceso, tras la venta de 590.000 vehículos diésel

manipulados para evitar sus emisiones, se vio obligada al pago de 4.300 millones de dólares.

Cabe hacer un énfasis especial en la mencionada legislación protectora del medio ambiente a nivel federal —la U.S. Clean Air Act—, puesto que se trata de una ley federal de carácter vinculante para todos los estados de la Unión, lo que ha sido determinante en la construcción de la argumentación de la parte demandante. Es de suma relevancia subrayar que sus normas engloban un amplio abanico de infracciones legales, tales como contaminantes químicos, ruido, partículas, precursores troposféricos y sustancias que dañan la capa de ozono estratosférico, además de otros tipos de polución procedente de combustibles, etc. Esta legislación de carácter omnicompreensivo tiene una capacidad evidente para integrar una textura constitucional que sirva para el control del poder en relación con la gobernanza del clima.

B) España

A pesar del elevado número de coches del Grupo VW vendidos en nuestro país, de los que 700.000 tenían motores diésel, y de la existencia de una Agrupación de Afectados por VW, así como del hecho de tratarse del mayor grupo industrial operando en España —con 14.500 empleados, incluyendo su filial Seat, líder del mercado español—, los tribunales no se han pronunciado a favor de los demandantes, mostrando las limitaciones tanto de las normas aplicables como de las técnicas interpretativas de los tribunales en relación con la exigencia de responsabilidades para prácticas comerciales con efectos nocivos en la salud y en el medio ambiente.

Sin embargo, hay algún precedente de lo que pudiera entenderse como “decisión ejemplificadora” al respecto, en concreto, la Sentencia nº. 424/2017, de 29 de diciembre de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Así, en recurso de apelación civil, proveniente del Juzgado de Primera Instancia nº. 2 de Palma de Mallorca, mediante procedimiento ordinario 00006660/2016, la Sección nº. 3 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Islas Baleares), se pronunció en relación a este caso del *software fraudulento*.

En los hechos se declara que el demandante adquirió un vehículo marca Audi modelo A3 de la entidad concesionaria Awauto, S.L., fabricado por VW-Audi España, S.A., por importe de 28.350 euros. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la demandada al pago de 600 euros en concepto de daños y perjuicios, incluidos los morales, absolviendo a Volkswagen. La parte actora interpuso recurso solicitando la *nulidad de pleno derecho* del contrato por falta de consentimiento o la *nulidad relativa por vicios* al haber sido prestado por *error y dolo*, y, de forma alternativa, una indemnización por *daños morales* sufridos por la comercialización fraudulenta del vehículo en la cantidad de 8.505 euros, en el caso de desestimación de la primera petición. Como consecuencia de la depreciación sufrida, en su pretensión incluyó la cantidad de 11.229,43 euros.

Ciertamente, debemos tener presente que las actuaciones de los demandados no se ajustaron al principio de la *buena fe*, que configura el “alma del contrato” en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la manipulación de las emisiones de óxido de nitrógeno, superiores a los resultados obtenidos en las pruebas de laboratorio. Ello obedeció al hecho de que tal conducta se materializó mediante la instalación de un software, acto prohibido, además, por la normativa comunitaria. Todo ello, sin olvidar que para admitir un incumplimiento contractual no se requiere la declaración previa de que el dispositivo esté prohibido, sino que es suficiente considerar que su instalación constituye una deficiencia.

En apoyo de la fundamentación anterior, al hilo de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, las partes de un contrato deben cumplir no solamente lo pactado sino todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la *buena fe*. En el caso que nos ocupa, en la *buena fe* debería incluirse la obligación de que en el automóvil vendido no hubiese dispositivos que sirvieran para distorsionar el control de emisiones con el objetivo de falsear los resultados.

En lo que se refiere al capítulo de *daños morales*, se recogió la fundamentación jurídica de la STS de 11 de abril de 2017, que ratifica una extensa línea jurisprudencial —por todas, cfr. SSTS de 30 de septiembre de 1989, 22 de octubre de 1993, 31 de diciembre de 1998, 16 de marzo de 1999, y 18 de junio de 2004—. Así, se declaró en el citado fallo que “todo incumplimiento contractual puede implicar “per se” un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que

las vicisitudes del contrato, en concreto, las contravenciones de las partes no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias”.

Cabe añadir que, en todos aquellos casos en los que el Tribunal Supremo valora el daño moral, los criterios jurisprudenciales seguidos tradicionalmente incluyen factores tales como la “impotencia, zozobra, angustia, ansiedad” (STS de 5 de junio de 2008) o la “pesadumbre o riesgo de incertidumbre” (STS de 30 de noviembre de 2011). Con base en la mencionada línea jurisprudencial, el tribunal sostuvo que la instalación en el vehículo de un dispositivo ilegal constituye un *daño moral*, ya que genera una zozobra derivada de la aparición de un *defecto oculto* en el coche, de incertidumbre respecto al alcance del *fraude*, y de inseguridad sobre el curso y el resultado de la reclamación a interponer o la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por VW en el funcionamiento y potencia del motor.

Previamente, en mayo de 2016, el Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega (Cantabria) desestimó por falta de prueba la petición de la parte demandante en la que se pedía la anulación del contrato por el que se formalizó la venta de un vehículo afectado por el fraude. Entre los motivos del fallo se incorporó la fundamentación basada en el hecho de que la parte compradora no demostró que tuviera una conciencia ecológica especial, y que la reparación de su coche pudiera haberse hecho “*en términos razonables*”.

C) Alemania

La primera demanda colectiva —integrada por 300.000 afectados por las emisiones de vehículos diésel de las marcas Volkswagen, Audi, Seat y Skoda con motores EA 189 de 1.2, 1.6 y 2.0 litros— se presentó en Alemania por la Asociación de Consumidores (VZBV), contando con el apoyo del mayor club de automovilistas (ADAC). La cifra rebasó, considerablemente, el mínimo de 50 personas requerido para que pudiera prosperar. Los modelos controvertidos habían sido equipados con un dispositivo de desconexión ilegal, lo que obligó a su llamada a talleres, por parte de la Oficina Federal de Vehículos a Motor (KBA) en Alemania o de autoridades equivalentes en otros países europeos.

El registro de reclamaciones para poder inscribirse en la lista, sin coste alguno ni necesidad de abogado, lo que constituye un gran avance, a nuestro juicio, se formalizó el 1 de noviembre, y el plazo de inscripción finalizó el 31 de diciembre de 2018. Se acusó a la compañía de haber producido a sus clientes un daño, con la *intención dolosa*, deliberada, de causarles un perjuicio tras la instalación de un software a través del cual el fabricante manipulaba sus gases. La justicia deberá dictaminar en una resolución con carácter declarativo si les corresponde el derecho a una indemnización, y si la compañía deberá asumir los daños ocasionados. En el caso de que sea favorable, les corresponderá a los afectados exigir, bien de una manera individual una indemnización o bien llegar a un acuerdo entre las partes.

iv. Recapitulación

Hasta el momento presente, si bien quedan todavía bastantes demandas por resolver, el coste del fraude ha superado los 27.500 millones de euros en indemnizaciones. Sin embargo, el conocido ya como *escándalo Dieseldate* no parece haber reducido los dividendos e inversiones de la compañía. A título de ejemplo, podemos reseñar que el Grupo VW incluso ha ampliado su liderazgo en la venta mundial de vehículos, pese a provisionar 7.500 millones de euros para la *litis*. En 2017, la compañía duplicó sus beneficios hasta 11.354 millones de euros —en 2016, habían sido de 5.144 millones de euros—. Esto no parece, sin embargo, sorprendente. Sin salir del sector del automóvil, BMW presentó un 26% más de ganancias en 2017, apenas un día después de los registros en su sede. En cuanto a Seat, en ese mismo año, superó en un 27% los ingresos del año anterior. Por su parte, Volkswagen logró en el mismo período de tiempo un récord de ventas con 6,23 millones de vehículos entregados. Todo ello, además de las inversiones previstas en su negocio digital, que alcanzarán la cifra de 3.500 millones de euros hasta el año 2025.

c) *Acciones colectivas y reequilibrio procesal*

En un mundo caracterizado por la creciente desigualdad ante la ley (*unequal legal battles*) entre el sector privado y los múltiples afectados por los continuos procesos de incumplimiento normativo —incluso en áreas tan sensibles como

los derechos humanos—, en lo que afecta al medio ambiente, cabe afirmar que la vía más adecuada para solventar los obstáculos de naturaleza que implican juicios civiles contra empresas multinacionales, es la de implementar un sistema legal de acciones de defensa de intereses colectivos siguiendo, a título de ejemplo, acuerdos o decisiones como los alcanzados en Estados Unidos, o nuevos planteamientos como el seguido en Alemania, a propósito del caso del Grupo Volkswagen, con la adopción de un procedimiento en defensa de intereses colectivos.

En este contexto, será de vital importancia, en un futuro inmediato, que las empresas adopten una buena política medioambiental dentro de su organigrama productivo, con inversiones en modelos basados en eco-innovación y nuevas tecnologías, que sirvan para asegurar la correcta medición del impacto ecológico de sus actividades comerciales, y una transmisión fidedigna de la información generada a los clientes, a través de sus informes anuales. La Unión Europea debería actuar de una manera más activa para proteger la salud de sus ciudadanos y para aplicar con mayor rigor la normativa atinente a la protección legal del medio ambiente,

En cualquier caso, las acciones colectivas constituyen, a nuestro entender, instrumentos procesales para la protección de derechos colectivos y difusos relacionados con bienes jurídicos como el medio ambiente, que van más allá de la concepción individualista del derecho y contribuyen a garantizar el acceso colectivo a la justicia ambiental. Se trata de un instrumento innovador con un potencial para exigir la reparación de daños a las personas y sus bienes en virtud de los efectos difusos del cambio climático ocasionado por determinadas actividades empresariales. En este sentido, una mayor homogenización de los recursos colectivos en el ámbito europeo contribuiría a generar los foros adecuados para que las personas afectadas por el cambio climático interpongan acciones en contra de los Estados y de las empresas para exigirles mayores respuestas y compromisos en la lucha contra el cambio climático.

III. LITIGACIÓN CLIMÁTICA Y DERECHO APLICABLE

El objetivo de esta sección es exponer algunas estrategias de selección e interpretación del Derecho en el ámbito de la litigación climática que expresan un entendimiento abierto del plexo constitucional y le asignan un rol determinante como herramienta de control del ejercicio del poder. En este sentido, a continuación, se comentan una variedad de resoluciones judiciales donde se observa una argumentación principal que gira en torno a una idea material de constitución, construida a partir de elementos normativos diversos. Esta apertura en la selección de los instrumentos normativos aplicables, podría decirse, rompe, en cierta medida, con el positivismo jurídico férreo basado en el principio de legalidad.

Entre los materiales normativos utilizados destacan elementos de variado origen —nacional e internacional—, carácter —*soft* o *hard law*—, y naturaleza —jurídica y no jurídica—. Como se comentó en la introducción, lo que aquí se busca es el reconocimiento de prácticas jurisprudenciales relevantes en el diseño y construcción de un discurso de sustancia constitucional capaz de configurar una respuesta global efectiva, sostenible y equitativa a la problemática del cambio climático.

Se revisan entonces las resoluciones más relevantes de seis casos que abordan la problemática climática desde diversos ángulos en un espacio temporal de cuatro años, entre 2015 y 2018. Existe, además, una interesante distribución geográfica entre los casos que implica un recorrido por una variedad de jurisdicciones y ordenamientos jurídicos con diferentes tradiciones y sistemas. Aun así, puede observarse en las resoluciones comentadas, un entendimiento común sobre el rol que debe ocupar el Poder Judicial y la constitución en el Estado de Derecho. Sobre este punto en particular, esta sección concluye, con la recopilación de algunas de las reflexiones que al respecto realiza uno de los jueces comprometidos en el caso de origen colombiano.

En cuanto al criterio de selección de casos, puede decirse que atiende a los objetivos puntuales del informe y, en tanto ello, el listado obtenido es de carácter ejemplificativo y no exhaustivo. Así, debe entenderse que su análisis no otorga conclusiones sobre tendencias mayoritarias en la jurisprudencia climática¹⁸.

¹⁸ Para un análisis más detenido de esta cuestión puede consultarse el Informe N° 10.

Finalmente, es necesario decir que gran parte de estos casos ya han sido profusamente comentados en la doctrina. Por este motivo, esta sección no realiza un análisis minucioso de hechos, argumentos y resoluciones, sino que, a lo sumo, da un contexto mínimo a los fines del correcto entendimiento de la problemática abordada en cada resolución.

a) *Fundación Urgenda y ot. v. Los Países Bajos (Países Bajos, 2015¹⁹ y 2018²⁰)*

Este caso de jurisdicción holandesa es, sin lugar a duda, el más comentado por la doctrina especializada en el tema. El impacto que causó la sentencia de 2015, favorable a las pretensiones de los demandantes, se replicó en 2018 al confirmarse el fallo por el tribunal de segunda instancia. En este sentido, poco interés tiene aquí repasar nuevamente los hechos del caso o especulaciones en relación con las posibilidades de su replicación en otras jurisdicciones²¹. El análisis se limita, entonces, a la selección e interpretación del Derecho que realizan los tribunales.

De las dos sentencias que constituyen este valioso precedente, interesa aquí particularmente la del órgano de primera instancia (Corte de Distrito de La Haya, *Rechtbank Den Haag*) debido a su extensión y despliegue argumentativo. Básicamente, el tribunal debió responder, ante la solicitud de Urgenda y 886 ciudadanos, a la cuestión de si el Estado holandés había actuado ilícitamente al fijar en tan solo 20% su objetivo de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) para el año 2020 con respecto a 1990.

¹⁹ La resolución está disponible en idioma oficial en: <<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145>> [consultada el 5 de abril de 2019]; y en inglés en: <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/VerdictDistrictCourt-UrgendavStaat-24.06.2015.pdf>> [consultada el 5 de abril de 2019].

²⁰ La resolución está disponible en idioma oficial en: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2591.pdf> [consultada el 5 de abril de 2019]; y en inglés en: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf> [consultada el 5 de abril de 2019].

²¹ Vid., entre muchos otros, Albert Ruda González, “Perspectives de la litigació pel canvi climàtic arran del cas Urgenda”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 9(2), 2018; y Jordi Jaria-Manzano, “La litigació climàtica a Espanya: una prospectiva”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 9(2), 2018.

Como ya ha sido ampliamente comentado, la argumentación principal en este caso gira en torno al Derecho de daños, específicamente a la violación del deber de cuidado —contenido en el Código Civil holandés— por parte del Estado frente a sus ciudadanos debido a la insuficiencia del objetivo de reducción de emisiones comprometido que, vale decir, estaba en línea con la política sectorial europea. Lo que resulta de especial interés para nuestro estudio es que, para analizar la cuestión —específicamente la existencia de este deber de cuidado, su estándar o mínimo a asegurarse y el nivel de discrecionalidad que detenta el gobierno en el caso concreto—, la Corte echa mano a una variedad de materiales normativos de diverso carácter y a los que les otorga diferentes roles en su interpretación.

Entre los materiales normativos utilizados encontramos, principalmente: los artículos 2 y 8 —derecho a la vida y al respeto a la vida privada y familiar— del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), con sus interpretaciones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), específicamente en lo que hace a la tutela ambiental; el artículo 21 de la Constitución de los Países Bajos que pone en cabeza de las autoridades el mantenimiento de la habitabilidad del país y la mejora del ambiente, otorgando una discrecionalidad extensa en relación con el cumplimiento de este objetivo pero, según la Corte, no ilimitada; algunos artículos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), incluidos aquellos que definen su objetivo, principios rectores y compromisos básicos; el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y sus parámetros de gobernanza; y la teoría de la negligencia peligrosa en los términos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema holandesa y la doctrina.

La Corte reconoce que buena parte de estos elementos no tienen efecto directo sobre las cuestiones a resolver, pero sí, sostiene, determinan el marco y la manera en que el Estado debe ejercitar sus poderes, a través de un “efecto reflejo” de las normas internacionales al Derecho nacional.

A su vez, el Tribunal analiza en forma conjunta diferentes instrumentos de carácter científico —especialmente reportes del Panel Intergubernamental de Expertos para el Cambio Climático (IPCC), como también de entidades nacionales— y jurídico-político correspondientes a la gobernanza climática —especialmente la CMNUCC e instrumentos bajo su órbita como el Protocolo de

Kioto y las resoluciones de las Conferencias de las Partes (COP, por sus siglas en inglés)—. Esto lo lleva a la conclusión de que existen ciertos consensos entre estos dos ámbitos, con relación a, al menos, el máximo nivel aceptable de GEI en la atmósfera y los objetivos de reducción que deben fijarse.

A partir de este análisis, el Tribunal llega a la convicción de que el objetivo de reducción dispuesto por el gobierno se encontraba por debajo del estándar considerado necesario por la ciencia y la política internacional climática, ya que, para prevenir un cambio climático peligroso, los países del Anexo I (incluyendo los Países Bajos) deben reducir sus emisiones de GEI en un 25%-40% para 2020, a los fines de alcanzar el objetivo de un aumento no mayor a 2°C respecto a la temperatura preindustrial. Bajo el plexo normativo analizado —especialmente considerando el principio de precaución—, esto implica, según el tribunal, la existencia de una violación del deber de cuidado, lo que lo lleva a ordenar al Estado la fijación de su objetivo de reducción para 2020 en, al menos, un 25% en relación con 1990.

En cuanto al órgano de segunda instancia (Corte de Apelación de la Haya, *Gerechtshof Den Haag*), coincide básicamente con la corte distrital en la existencia de una violación del deber de cuidado, pero descansa su argumentación en los artículos 2 y 8 del CEDH, alegando su aplicabilidad directa. Interesante resulta también en esta sentencia, la consideración por parte del Tribunal de la posibilidad —plasmada por el IPCC— de que existan “puntos de inflexión” (*tipping points*) en el sistema climático. Ello, según el Tribunal tiene consecuencias, en consideración del principio de precaución, para los niveles de incertidumbre que el Estado declara en relación con sus objetivos de reducción para 2020. Un margen de incertidumbre amplio (19%-27%) en cuanto al nivel de reducción de emisiones efectivo para 2020, bajo este entendimiento, es inadmisibles, concluye el tribunal.

b) Ashgar Leghari v. Federación de Pakistán y ot. (Pakistán, 2015²²)

²² Las resoluciones están disponibles en:
<https://elaw.org/system/files/pk.leghari.090415_0.pdf> y
<https://elaw.org/system/files/pk.leghari.091415_0.pdf> [consultada el 6 de abril de 2019].

Este caso se trata de una demanda de un ciudadano, de profesión agricultor, contra el gobierno federal y un gobierno local alegando que su inacción en la toma de medidas de adaptación afecta sus derechos constitucionales, en especial su derecho a la vida y a la dignidad. El Tribunal (Corte Superior de Lahore, *Lahore High Court*) encuentra que estos derechos son afectados por la conducta del gobierno y ordena la toma de medidas concretas al respecto. Lo interesante aquí es observar como la corte interpreta las disposiciones constitucionales a la luz de ciertos principios jurídicos de carácter nacional e internacional.

En este caso, sostiene la corte que los derechos constitucionales mencionados —derecho a la vida, que incluye, según el magistrado, el derecho a un ambiente sano y limpio, y el derecho a la dignidad—, en concordancia con los principios constitucionales de democracia, igualdad, justicia social, económica y política, incluyen dentro de su ámbito y compromiso, los principios internacionales ambientales de desarrollo sostenible, de precaución, de evaluación de impacto ambiental, de equidad intra e intergeneracional y de fideicomiso público (*public trust doctrine*). Plantea el Tribunal al respecto que “[t]he existing environmental jurisprudence has to be fashioned to meet the needs of something more urgent and overpowering i.e., *Climate Change*”. Y agrega que “[f]rom Environmental Justice, which was largely localized and limited to our own ecosystems and biodiversity, we need to move to Climate Change Justice. Fundamental rights lay at the foundations of these two overlapping justice systems”.

En concordancia con la tutela provista, la corte reconoce explícitamente la función del plexo constitucional, manifestando que los derechos constitucionales en concordancia con los valores constitucionales de justicia política, económica y social proveen “*the necessary judicial toolkit to address and monitor the Government’s response to climate change*”.

c) *Kelsey Cascadia Rose Juliana v. Estados Unidos de América y ot. (Estados Unidos, 2016²³)*

²³ La resolución está disponible en:
<<https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5824e85e6a49638292d>

Quizás uno de los casos más relevantes a nivel global por sus posibles impactos es el que está llevando adelante un grupo de jóvenes cuestionando la política climática general del gobierno federal de Estados Unidos. No existe aún en el caso una sentencia definitiva, pero sí una profusa cantidad de resoluciones de carácter procesal y ordenatorio de la causa, incluyendo a varios niveles del Poder Judicial.

Básicamente, los demandantes alegan la violación de sus derechos fundamentales mediante conductas activas y omisivas por parte del gobierno federal y sus agencias, y solicitan al tribunal que ordene una serie de medidas que garantice la puesta en marcha de un plan de remediación en pos de la estabilización del sistema climático y la protección de los recursos de los cuales los demandantes y las generaciones por venir dependen.

A los fines de este informe, resulta especialmente interesante la resolución de la jueza de primera instancia a la hora de evaluar la solicitud de desestimación del caso por parte de los demandados, instancia en la que han naufragado muchos de los intentos que buscaron recorrer esta vía. La resolución analiza diversas cuestiones de gran interés (aplicación de la cuestión política no justiciable, causalidad, entre otras), las cuales han sido comentadas en varias ocasiones por la doctrina. Este apartado se centra en el enfoque que la jueza da a dos cuestiones que resultan fundamentales a la hora de decidir la procedencia del caso: a) la consideración de la existencia de un derecho fundamental a un sistema climático estable; y b) la interpretación constitucional de la doctrina del fideicomiso público (*public trust doctrine*).

En cuanto a la primera, los demandantes alegan la violación de derechos fundamentales (*due process claims*). Esta alegación es ampliamente evaluada por la jueza y contrastada con las realizadas por los demandados. Al analizar las disposiciones en juego, la magistrada opta por una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales —siendo notorias las menciones al derecho al matrimonio del mismo sexo y al consumo de marihuana para usos medicinales— que la lleva a la aceptación de la idea, propuesta por los accionantes, de que

dd1c9/1478813795912/Order+MTD.Aiken.pdf> [consultada el 6 de abril de 2019].

existe un derecho fundamental, implícito en el texto constitucional, a un sistema climático estable:

Exercising my “reasoned judgment” [...] I have no doubt that the right to a climate system capable of sustaining human life is fundamental to a free and ordered society. Just as marriage is the “foundation of the family”, a stable climate system is quite literally the foundation “of society, without which there would neither civilization nor progress”.

Por su parte, otro argumento señalado por los demandantes e interpretado por la jueza es el de la *public trust doctrine*. En este caso, se hace hincapié en el deber de protección (intergeneracional) del *trust* —ciertos recursos naturales, entre ellos, la atmósfera— que recae sobre el fiduciario (el gobierno).

Los demandados buscan la desestimación de esta vía de acción, de raigambre en el *common law*, por variados motivos ya utilizados por algunos precedentes en la materia. Esto lleva al tribunal a realizar un extenso análisis de la naturaleza de esta doctrina y sus orígenes. En lo que aquí nos interesa, la magistrada determina que la *public trust doctrine* tiene carácter preconstitucional y, a la vez, es asegurada por la constitución: “*Although the public trust predates the Constitution, plaintiff’s right of action to enforce the government’s obligation as trustee arises from the Constitution*”. Esta interpretación lleva a la magistrada a la convicción de que existe una vía de acción válida, y por lo tanto apta para el control del poder de los demandados en el caso. La viabilidad de utilizar la Constitución como herramienta de control del poder queda explícita en la inteligencia del fallo, cuando la jueza subraya que “*judiciary is bound to determine whether the political branches have «chosen a constitutionally permissible means of implementing [their] power»*”.

Asimismo, resulta interesante lo expresado por el juez encargado de brindar una opinión previa²⁴ al fallo comentado:

[T]he intractability of the debates before Congress and state legislatures and the alleged valuing of short term economic interest despite the cost of human

²⁴ La resolución está disponible en:

<<https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/576195342fe1316f09d2eb8d/1466012983313/16.04.08.OrderDenyingMTD.pdf>> [consultada el 6 de abril de 2019].

life, necessitates a need for the courts to evaluate the constitutional parameters of the action or inaction taken by the government.

d) *Earthlife Africa Johannesburg v. El Ministro de Asuntos Ambientales y ot.* (Sudáfrica, 2017²⁵)

A diferencia de los anteriores, este caso de jurisdicción sudafricana tiene como foco un proceso de autorización administrativa de un proyecto en particular: una central de energía a base de carbón. Aunque principalmente fundamentada en disposiciones de carácter legal y reglamentario, la sentencia del Tribunal se apoya en una interpretación de carácter constitucional que complementa el entendimiento de la normativa legal a los fines de resolver la contienda a favor de la pretensión del accionante. A saber, la impugnación de los actos administrativos y la exigencia de la consideración de los impactos climáticos del proyecto en la evaluación de impacto ambiental (EIA) y en el proceso de toma de decisiones.

El punto principal por resolver por el tribunal es si la consideración de los impactos climáticos es o no un requisito del proceso de EIA requerido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, como reconoce el propio Tribunal, tal requerimiento no se encuentra explícitamente solicitado por la legislación y reglamentación. Sin embargo, dice el magistrado, la ley debe ser interpretada en consistencia con la Constitución, lo que específicamente incluye el derecho fundamental y justiciable al ambiente de su sección 24, el cual, sin referirse puntualmente al cambio climático, reconoce la interrelación entre ambiente y desarrollo bajo la noción de desarrollo sostenible. En este entendimiento:

Climate change poses a substantial risk to sustainable development in South Africa. The effects of climate change, in the form of rising temperatures, greater water scarcity, and the increasing frequency of natural disasters pose substantial risks. Sustainable development is at the same time integrally linked with the principle of intergenerational justice requiring the state to take reasonable measures protect the environment “for the benefit of present and

²⁵ La resolución está disponible en: <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20170306_Case-no.-6566216_judgment.pdf> [consultada el 6 de abril de 2019].

future generations” and hence adequate consideration of climate change. Short-term needs must be evaluated and weighed against long-term consequences.

A su vez, el Tribunal reconoce que la ley debe ser interpretada consistentemente con el derecho internacional:

[T]he various international agreements on climate change are relevant to the proper interpretation of section 24O(1)(b) of NEMA. Article 3(3) of the UN Framework Convention enacts a precautionary principle requiring all states parties to take precautionary measures to anticipate, prevent or minimise causes of climate change. Article 4(1)(f) of the UN Framework Convention imposes an obligation on all states parties to take climate change considerations into account in their relevant environmental policies and actions, and to employ appropriate methods to minimise adverse effects on public health and on the environment.

El Tribunal descarta, de este modo, los alegatos de los demandados, entes gubernamentales y particulares promotores del emprendimiento, que se amparan en el principio de legalidad y subsidiariedad:

Thabametsi in particular argued that it is anathema to the rule of law to hold a party to requirements or constraints that have not been so enacted. The rule of law, enshrined in section 1 of the Constitution, requires that rules must be enacted and publicised in a clear and accessible manner, to enable people to regularise their affairs with reference to them... Thabametsi argued further that if Earthlife considers section 24 of the Constitution to require a detailed climate change impact assessment to be conducted for the environmental authorisation of coal-fired power stations, then it must challenge NEMA and/or the EIA regulations as unconstitutional for the failure to adopt such a requirement. It cannot disregard the absence of the requirement from the relevant legislation, and seek to invoke the constitutional right directly to read it in. Doing so violates the principle of subsidiarity.

Así, sostiene el tribunal que:

The absence of express provision in the statute requiring a climate change impact assessment does not entail that there is no legal duty to consider climate change as a relevant consideration and does not answer the

interpretative question of whether such a duty exists in administrative law. Allowing for the respondents' argument that no empowering provision in NEMA or the Regulations explicitly prescribes a mandatory procedure or condition to conduct a formal climate change assessment, the climate change impacts are undoubtedly a relevant consideration as contemplated by section 240 of NEMA for the reasons already discussed.

Es interesante, a su vez, remarcar que los demandados sostienen que el emprendimiento es consistente con los compromisos realizados por Sudáfrica en el marco del Acuerdo de París — Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés) —. Ante esto, el tribunal manifiesta que no es objeto de discusión la cuestión de si el emprendimiento está o no permitido, sino si se requiere la evaluación de impactos climáticos antes de autorizarlo, a los fines de realizar una correcta toma de decisiones en concordancia con las NDC:

A climate change impact assessment is necessary and relevant to ensuring that the proposed coal-fired power station fits South Africa's peak, plateau and decline trajectory as outlined in the NDC and its commitment to build cleaner and more efficient than existing power stations.

Concluye el tribunal entonces:

For all these reasons, I find that the text, purpose, ethos and intra- and extra-statutory context of section 240(1) of NEMA support the conclusion that climate change impacts of coal-fired power stations are relevant factors that must be considered before granting environmental authorisation.

e) *Sarah Thomson v. El Ministro de Cambio Climático (Nueva Zelanda, 2017*²⁶)

En este caso de jurisdicción neozelandesa, una joven estudiante de Derecho demandó al gobierno (*The Minister for Climate Change Issues*) exigiendo que revise sus objetivos de reducción a largo (2050) y mediano plazo (2030). El primero fijado en la legislación interna y el segundo correspondiente al proceso de NDC en el marco del Acuerdo de París. Con relación al primer objetivo, la

²⁶ La resolución está disponible en: <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20171102_2017-NZHC-733_decision-1.pdf> [consultada el 6 de abril de 2019]-

actora cuestiona la denegatoria de la autoridad pública a revisarlo luego de la publicación del Quinto Informe de Evaluación del IPCC. En cuanto al segundo, la demandante alega que fue determinado sin tener en cuenta algunas consideraciones de relevancia y que es irrazonable o irracional.

A diferencia de los otros casos, en los cuales la resolución fue en favor de los accionantes, en este el Tribunal desestima las vías de acción intentadas. Sin embargo, el caso ha sido visto como una victoria a medias debido a la extensa revisión judicial a la que fueron sometidos los objetivos, que según las alegaciones de las autoridades recaen dentro de su marco de discrecionalidad. En lo que hace a nuestro interés aquí, el Tribunal analiza las facultades discrecionales de la autoridad para revisar los objetivos de reducción, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por Nueva Zelanda, principalmente en la CMNUCC y el Acuerdo de París. Este análisis lleva al Tribunal a la conclusión de que existe un límite en la discrecionalidad de la autoridad: la publicación de un nuevo informe del IPCC requiere que se considere la posibilidad de revisar el objetivo fijado a largo plazo. Así, el Tribunal considera que:

These provisions do not expressly require that New Zealand review any target it has set under its domestic legislation when an IPCC report is published. However collectively they do underline the pressing need for global action, that global action requires all Parties individually to take appropriate steps to meet the necessary collective action, and that Parties should do so in light of relevant scientific information and update their individual measures in light of such information [...]. The IPCC reports provide the most up to date scientific consensus on climate change. New Zealand accepts this. To give effect to the Act and what New Zealand has accepted, recognised and committed to under the international instruments, and in light of the threat that climate change presents to humankind and the environment, I consider the publishing of a new IPCC report requires the Minister to consider whether a target set under s 224 should be reviewed.

Más allá de esto, el tribunal tiene en consideración que el nuevo gobierno que ha entrado en mandato al momento del fallo ha anunciado sus intenciones de rever sus objetivos de reducción de GEI y, por lo tanto, entiende que una orden este sentido es innecesaria.

f) *Andrea Lozano Barragán y ot. v. La Presidencia de la República de Colombia y ot. (Colombia, 2018²⁷)*

El abordaje constitucional de la cuestión vuelve a hacerse explícito en el fallo de la Corte Suprema de Colombia. En el caso, un grupo de jóvenes llevó adelante una demanda contra el Estado y diferentes entes subnacionales, mediante la vía de la acción de tutela, solicitando al tribunal que ordene la toma de medidas concretas para frenar la deforestación de la Amazonía colombiana y el consecuente aumento de las emisiones de GEI, algo que finalmente sería así provisto por la Corte Suprema, luego de su rechazo en primera instancia.

En lo que aquí interesa, la acción gira en torno a la afectación de derechos constitucionales —derechos individuales a la vida, salud, agua y alimentación, y derecho colectivo a gozar de un ambiente sano— de las presentes y futuras generaciones. Estos son interpretados por el tribunal en forma sistémica dentro de lo que da en llamar un “orden público ecológico mundial”, constituido por normas de *hard* y *soft law*, que, según el ente jurisdiccional, sirve como criterio orientador para el legislador, pero también para la resolución de “denuncias ciudadanas por la destrucción de nuestro hábitat, en pos de la protección de los derechos subjetivos de las personas, de las generaciones presentes y futuras”.

Dentro de este “orden público ecológico mundial”, se mencionan diferentes instrumentos normativos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles de 1976; el Protocolo I Adicional al Convenio de Ginebra “relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”; la Declaración de Estocolmo de 1972; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y los instrumentos de ella nacidos, con especial interés en la CMNUCC; y el Acuerdo de París²⁸. Además, en su análisis, el tribunal apela a la existencia de un “orden público ecológico nacional”, a partir de la Constitución colombiana de 1991, y a la idea de “Constitución Ecológica”, a

²⁷ La resolución está disponible en: <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/Fallo-Corte-Suprema-de-Justicia-Litigio-Cambio-Clim%C3%A1tico.pdf?x54537>> [consultada el 6 de abril de 2019]

²⁸ Mal llamada por el Tribunal “Convención Marco sobre el Cambio Climático de París de 2015”.

partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza”.

Establecido este complejo normativo, la Corte analiza los datos sobre deforestación y concluye que existe, a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminente y grave para los accionantes y en general para todos los habitantes de la nación, situación que es contrastada con los principios jurídicos ambientales de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad.

Este enfoque amplio, lleva a la Corte a considerar que la conducta de los demandados puede entenderse como una transgresión a la Constitución, los instrumentos jurídicos internacionales que integran el “orden público ecológico mundial” y las obligaciones adquiridas por el Estado en el Acuerdo de París, en tanto Colombia se había comprometido a reducir la “deforestación en la Amazonía colombiana” con el objetivo de una reducción a cero para 2020. Constatándose, dice el tribunal, la ineficacia de las medidas gubernamentales adoptadas, procede la concesión del resguardo ante palmario quebranto de las garantías *iusfundamentales*.

Finalmente, vale agregar que la Corte, siguiendo anterior jurisprudencia y “en aras de proteger este ecosistema vital para el devenir global”, da el paso de reconocer a la Amazonía colombiana como entidad “sujeto de derechos”. Esto, sin embargo, no parece gravitar en forma determinante en el resultado del fallo, sino más bien podría tener algún interés para la futura gestión ambiental de la zona.

De este modo, el orden jurídico nacional es integrado por un orden jurídico de orden mundial compuesto por normas de diferente carácter jurídico—incluyendo normas de *soft law* y compromisos internacionales en el marco del Acuerdo de París— que define, según el tribunal, las violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte del Estado.

g) Sobre el rol del Poder Judicial y la constitución

Finalmente, resulta interesante concluir este apartado con algunas de las consideraciones vertidas por uno de los jueces del tribunal de primera instancia

del caso colombiano en su voto en disidencia²⁹, al respecto de los roles del Poder Judicial y la constitución en el Estado de Derecho que resumen, en cierta manera, el espíritu de las resoluciones anteriormente repasadas.

Abocado al análisis del comentado litigio climático contra el Estado colombiano, el juez refiere que, luego de la reforma de 1991, la Constitución devino en un autentica norma jurídica ordenadora de la vida social con pretensiones de tener vigencia material, a partir principalmente de la posibilidad de las personas de poner en marcha el control abstracto de constitucionalidad y de no obrar en casos concretos cuando tal actuación no esté conforme con la Constitución. Manifiesta así que:

[C]on las facultades de reclamación o de acción reconocidas en la Constitución, las personas se tornaron en verdaderos interlocutores del aparato del Estado y su funcionamiento a partir del Estado mismo [...]. Se encargó entonces a los jueces la labor de verificar los posibles quebrantos o las amenazas al orden constitucional, de manera que, de comprobarse alguna afectación, propenda su restablecimiento.

Esta redefinición de su rol, manifiesta el magistrado, supuso “la recuperación en el marco del Estado constitucional tanto de la consciencia de sus fines como la de asumir en serio las funciones de contrapeso y colaboración armónica que está llamado a cumplir en el ejercicio del poder público.” En este sentido,

la intervención del juez en el funcionamiento del Estado está legitimada por la necesidad de obtener soluciones y respuestas, si es del caso, estructurales, que se muestren acordes con la justicia que reclaman los hechos sometidos a su consideración, para lo cual, en últimas, se requiere de interpretaciones jurídicas que consulten los valores y los principios constitucionales.

Acto seguido, el juez cita una sentencia del tribunal constitucional (T-406/92). Creemos pertinente incluir aquí en extenso parte de la misma, como epílogo de este apartado, en tanto grafica el entendimiento que subyace a las resoluciones de los casos analizados:

²⁹ La resolución puede consultarse en: <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20180212_11001-22-03-000-2018-00319-00_opinion-1.pdf> [consultada el 6 de abril de 2019].

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones de la administración de justicia serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial").

La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmando la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto.

En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración "la realidad viviente de los litigios", el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

IV. UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VULNERABILIDADES

a) *Presentación*

A partir de la realidad conflictiva presentada en las páginas anteriores, el Derecho puede ser comprendido como un ámbito de lucha en el que actores disputan, a través de un lenguaje específico y técnico, la posibilidad de delimitar jurídicamente aspectos que les conciernen³⁰. Por ende, la búsqueda de estrategias hermenéuticas tuitivas que favorezcan a grupos humanos y fortalezcan la gestión de las autoridades jurisdiccionales como focos de control al poder, no puede limitarse a una visión exclusivamente teórica de las luchas sociales. Abstenerse de abordar esta aproximación conlleva una injustificada omisión de la existencia de colectivos —*multitudes*, en la terminología de Hardt y Negri— que, además de movilizarse, acuden al Derecho para defender sus intereses³¹.

En este sentido, la aproximación a la conflictividad social permite comprender que, dentro de la globalización —entendida como un proceso irreversible de intercambios económicos y culturales—, existen diversos colectivos sociales que acuden a la institucionalidad y se oponen, desde sus realidades, a dinámicas dentro del contexto de la economía mundo capitalista.

Estos pueden ser entendidos como movimientos que parten desde la solidaridad³² y que cuentan con la potencialidad de incidir en la generación de

³⁰ Desde una perspectiva sociológica, el Derecho puede ser comprendido como un campo social en el cual actores disputan, bajo ciertas reglas y parámetros (*habitus*) el *capital* de definir, a través de un lenguaje específico, lo que se considere *jurídico*. Es un ámbito desigual, donde —por regla general se requiere de experticias técnicas para participar y donde algunos actores cuentan con mejores recursos que otros. El resultado de la lucha puede conllevar, entre otros efectos, la legitimidad de ciertos comportamientos, la proscripción de otros y el respaldo coactivo de la institucionalidad. Vid. Pierre Bourdieu, *La fuerza del Derecho*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2005.

³¹ El término *multitud* permite abordar esta cuestión desde el pluralismo y la diferencia de luchas sociales. Así se evita el ocultamiento de antagonismos propios dentro de los colectivos humanos. Por ella, se comprende a un conjunto abierto de relaciones que no puede ser homogéneo o idéntico. Por el contrario, conceptos como *pueblo* o *nación* buscan limitar a una unidad la pluralidad, lo que choca con la complejidad, que no puede ser reducida ni a unidades ni a parámetros binarios. Vid. Michael Hart y Antonio Negri. *Imperio*, Paidós. Barcelona, 2005 (versión castellana de Alcira Bixio).

³² En este sentido, la ecosofía busca generar parámetros de validación diferentes, que articulen, desde un ámbito ético-político, al ambiente, a las relaciones sociales y a la subjetividad humana. Esto implica reconstruir las modalidades del “ser en grupo” desde

propuestas alternativas a un orden mundial que pretende establecer ciertos valores y paradigmas al regular la vida social. En no pocas ocasiones, estos colectivos recurren al *litigio estratégico* para alcanzar tal finalidad, lo que resulta en un pronunciamiento jurisdiccional sobre la situación³³. A su vez, estos últimos, por las dinámicas propias del Derecho, pueden ser utilizados —bajo el principio de igualdad— en otras causas *futuras* como parámetros de argumentación.

Por ende, con el fin de extraer y optimizar herramientas que utilizan y benefician a *grupos desventajados* que resisten, y de favorecer las actuaciones de autoridades jurisdiccionales en la fundamentación de estrategias efectivas de control al poder, se requiere el análisis de los conflictos actuales y reales, así como su desenvolvimiento institucional. Para las controversias ambientales resulta valioso adelantarlo en, al menos, ámbitos como la comprensión de la naturaleza y el trabajo, más allá de una visión economicista.

Estos conflictos son un terreno fértil en el que se pueden hallar medios tuitivos, tan o más fecundos que la consulta previa del Convenio 169 de la OIT para las luchas sociales³⁴. Entre otras razones, esto es así porque, al ser objeto de un pronunciamiento de las autoridades públicas, pueden adquirir la condición de *cosa juzgada*. Por esto, al ser reutilizados en el litigio por estos grupos, cuentan con una legitimidad del orden legal/racional que resulta estratégica. De

prácticas microsociales y a mayor escala, al igual que la adopción de nuevos paradigmas éticos y estéticos. Vid. Felix Guattari, *Las tres ecologías*, Pretextos. Valencia, 1990 (edición castellana a cargo de José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta).

³³ Dentro de las características del litigio estratégico pueden mencionarse las siguientes: la existencia de una grave vulneración a los derechos humanos (lo que incluye conflictos ambientales); la presencia de una multiplicidad de afectados por esta situación; la caracterización del trasgresor como una organización, asociación, empresa o institución Estatal; la búsqueda de generación de defectos en la realidad social colectiva; y la vocación de las pretensiones y órdenes judiciales a alcanzar cambios materiales. Vid. Beatriz Londoño Toro, “Aproximación teórica y práctica al litigio estratégico y a la participación ambiental en Colombia”, Corte Constitucional, *Memorias Encuentro Constitucional por la tierra*, Imprenta Nacional. Bogotá, 2015, p. 393-405.

³⁴ La consulta previa es una herramienta reconocida en el Convenio 169 de la OIT que, entre otros, sirve para proteger los derechos territoriales de pueblos étnicos. Sin embargo, por la propia disposición del instrumento internacional, su aplicabilidad es dúctil según las condiciones del país en el que se aplique. En efecto, el artículo 34 del convenio en mención dispone: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

manera que se muestra valioso analizar, desde una perspectiva crítica, la fundamentación dada por los jueces en sus actuaciones.

En este orden de ideas, en la actualidad, las relaciones de poder en el contexto de la economía-mundo capitalista generan colectivos que viven y resisten sus dinámicas y efectos en condiciones *difíciles* o de *desventaja* para la materialización de sus derechos. Estos grupos pueden integrarse en la idea apuntada de *multitud*, compuesta por los desposeídos, desamparados, excluidos y explotados —sujetos políticos transversales al presente y a múltiples épocas del pasado: los pobres—³⁵.

A pesar de que la categoría de *desventajado* puede ser problemática en cuanto a su comprensión, se delimita a partir de categorías históricas que evidencian estas vulneraciones y dificultades³⁶. A partir de estas premisas analíticas, se abordará seguidamente su significación en el contexto de dos ámbitos litigiosos que muestran las posibilidades e insuficiencias de las estrategias forenses en la reversión de las situaciones de desventaja. Así, nos referiremos a dos colectivos específicos: los recicladores de oficio de la ciudad de Bogotá (Colombia) y grupos étnicos —afrodescendientes e indígenas— del Occidente de ese país³⁷.

En este sentido, consideramos que el Derecho es, en este contexto, una vía a través de la que comprendemos el mundo, pero no, al mismo tiempo, es un espacio de conflicto y discusión. En este sentido, si asumimos la existencia de una crisis ambiental —resultado de nuestro metabolismo social³⁸—, debemos

³⁵ Vid. Hart, Negri, *Imperio cit.*

³⁶ Es posible utilizar dos elementos para determinar qué podría comprenderse como grupo: su existencia es independiente de la de sus miembros y hay una interdependencia entre el bienestar de estos últimos y la existencia de grupo. Además, para considerarlo grupo desventajado, deben evidenciarse elementos como una posición económica desfavorable o una posición política restringida. Vid. Owen Fiss, “Grupos y Clausula de Igualdad de protección”, Roberto Gargarella (ed.), *Derechos y Grupos Desventajados*, Gedisa. Barcelona, 1999, p. 137-167.

³⁷ Cabe señalar que no son los únicos grupos desventajados que ven sus intereses afectados por dinámicas ambientales en el caso colombiano. Así, entre los *dolientes* pueden mencionarse a las comunidades campesinas que ven sus derechos afectados por actividades como la minería. Vid. los trabajos recogidos en Lina María González, Alejandra Duran Castellanos (eds.), *¿Paz para quién? Defensa del territorio y minería en Colombia, Estudios de caso desde comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes*, Descontrol. Barcelona, 2017.

³⁸ Vid. Víctor M. Toledo, “El metabolismo social: una nueva teoría socioeconómica”, *Relaciones* 136, 2013, p. 41-71.

aceptar que el sistema jurídico hace parte de sus causas. Sin embargo, al mismo tiempo, también sirve para hacer un diagnóstico y reconducirla³⁹.

Como quiera que una de las premisas de esta investigación supone la centralidad del discurso constitucional, sea internacional o local, que funge como núcleo de consenso y parámetro de resolución de conflictos, es allí donde se buscaron casos con el objetivo de cumplir la mencionada finalidad.

Se partió de tres premisas a la hora de establecer la relevancia de los casos y su significación en el contexto analítico del informe. En primer lugar, el regulador puede ser capturado por intereses corporativos, de allí que la litigación constituye una herramienta de defensa para los colectivos vulnerables y una vía para resguardar sus intereses, que pueden ser afectados por decisiones mayoritarias complacientes con actores corporativos. En segundo lugar, en las decisiones jurisdiccionales pueden hallarse redes conceptuales *útiles* que pueden ser potencializadas como herramientas tuitivas. Finalmente, en tercer lugar, cabe entender la constitución como un espacio de conflicto a través del cual grupos, con pretensiones disímiles, expresan sus necesidades y buscan resguardar condiciones o alcanzar ventajas y donde la globalización de las luchas puede resultar fructífera al ampliar el potencial de liberación, gracias al flujo de información y a la cooperación que procure el despliegue de la fuerza afectiva e intelectual⁴⁰.

Bajo estas tres premisas, en la presente investigación se buscaron decisiones judiciales que —además de tratar conflictos de *multitudes*— (i) permitieran interiorizar en la argumentación jurídica variables ambientales, como la reducción del impacto humano sobre el entorno o el reconocimiento de la integridad de los ecosistemas; (ii) generaran ámbitos de discusión pública e (iii) incidieran en la *percepción* colectiva sobre los impactos ambientales. Es decir, se buscaron decisiones que incluyeran la potencialidad de resguardar elementos y variables relevantes de los ecosistemas, y dieran pie a la interiorización de la *entropía*, como parámetro para comprender los impactos en el entorno⁴¹.

³⁹ Vid. José Luis Serrano Moreno, *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*, Comares. Granada, 1992.

⁴⁰ Vid. Hart, Negri, *Imperio cit.*

⁴¹ La entropía se concibe como la magnitud de la degradación de un Sistema cerrado, proceso,

De conformidad con lo anterior, en este acápite se presentarán tres casos sobre los que existe pronunciamiento judicial y en los que pueden evidenciarse alegaciones que cumplen con estos parámetros —dos de ellos resueltos por la Corte Constitucional Colombiana y uno más por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—. Los dos primeros son consecuencia de litigios presentados por grupos vulnerables: pueblos indígenas y afrodescendientes, al igual que recicladores de oficio. El tercero, en cambio, obedece a la facultad consultiva del mencionado Tribunal internacional, lo que no es óbice para que sea analizado en procura de determinar su potencialidad como parámetro hermenéutico tuitivo de derechos.

Los casos, en concreto, son la declaración del Río Atrato como sujeto de derechos por parte del Tribunal Constitucional colombiano; la intervención de la misma autoridad en la elaboración de una política pública en favor de recicladores de oficio de la ciudad de Bogotá, comunidad vulnerable que, con su quehacer, genera ingentes beneficios ambientales; y la reciente opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la relación entre los derechos humanos y el ambiente sano. De estos tres casos pueden extraerse herramientas para hacer frente a estrategias opresivas y transgresoras de derechos a través del uso de herramientas de naturaleza constitucional.

b) El río Atrato y su reconocimiento como sujeto de derechos

Mediante la sentencia T-622 de 2016, una Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana reconoció al Atrato como sujeto de derechos. Este río, que nace en los páramos de la Cordillera occidental de Colombia y desemboca en el golfo de Urabá —costas del mar Caribe—, tiene una longitud de 500 Km, dirección sur/norte, y sirve de ruta comercial y social a la población que habita la zona.

Cerca del 96% de su cuenca está constituida por territorios colectivos de comunidades afro y etnias indígenas, que despliegan múltiples actividades en ella, como la agricultura, la pesca y la minería artesanal. Se trata de colectivos

por lo demás, irreversible. Vid. Nicholas Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process*, Harvard University Press. Londres, 1971, p. 141-169.

que han sufrido discriminación y exclusión social, y que han padecido el conflicto armado colombiano, pero que viven en un entorno de altísima biodiversidad. Por ello, pueden ser considerados sujetos desventajados.

Según la Sentencia, el río hace parte de la identidad cultural de estos grupos, quienes instauraron una acción constitucional (la acción de tutela) con el fin de proteger sus derechos fundamentales ante las omisiones estatales por la falta de control de dos actividades ilícitas y con ingentes impactos ambientales: la explotación maderera y la minería ilegal.

Ahora bien, la Sala de Revisión, sin brindar motivo alguno, centró su atención en esta última y dejó de lado la primera. Por ello, determinó que el problema jurídico objeto de controversia suponía esclarecer si las omisiones del Estado, en relación con la minería ilegal, conllevaban una trasgresión a los derechos invocados, entre los cuales se hallaban la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria, el ambiente sano, la cultura y el territorio.

Es necesario destacar que los accionantes, en ningún momento procesal, alegaron que se requiriese una adecuación jurídica del conflicto ambiental a su cosmovisión. Es decir, no solicitaron al juez que, para defender sus intereses, reconociera al río como sujeto de derechos. Lo que sí hicieron fue abogar por que se adoptaran acciones estructurales ante el abandono estatal de la región.

Aunque la Sentencia menciona múltiples aspectos del Derecho constitucional ambiental internacional y nacional, lo que interesa destacar aquí —para los efectos de este informe— es la referencia que hace a dos aspectos, a saber, (i) el reconocimiento del río como sujeto de derechos y, (ii) el valor constitucional que le da a la cosmovisión de las poblaciones étnicas que viven en su cuenca.

A partir de ambas cuestiones, pueden extraerse herramientas que muestran vías para incidir en la *percepción* de la situación ambiental, pero que también llaman a cuestionar la fundamentación dada por el juez constitucional colombiano para abordar una problemática que se presenta por el abandono estatal de una región considerada de altísima biodiversidad.

Para lo primero, esto es, el reconocimiento del río como sujeto de derechos, el Tribunal exaltó la existencia de una postura *ecocéntrica*, que liga a las teorías

bioculturales, donde la naturaleza puede ser entendida como un sujeto de derechos a partir de la comprensión que colectividades hacen de su entorno.

A su juicio, esta perspectiva se encontraría respalda dentro del ordenamiento colombiano por la existencia y guarda de cosmovisiones plurales y alternativas. De ello se deriva que existe un amparo constitucional a las perspectivas culturales que entienden al río como una entidad equivalente a un sujeto de derechos y que a su vez implica la comprensión del sistema lóxico más allá de lo simplemente utilitario, económico o eficientista. Por lo tanto, como quiera que las comunidades de la zona *comprenden* de esta manera al río, el Atrato debe ser considerado sujeto de derechos. De lo anterior destaca también la necesidad de una perspectiva que abarque la unidad, interdependencia e interrelación de la naturaleza con nuestra especie.

A partir de ahí, en cuanto al contenido obligacional, la Sala menciona el deber de protección, conservación, mantenimiento y restauración del ecosistema y fija en cabeza del Estado y las comunidades la responsabilidad de satisfacerlo. Entre los mandatos que adopta, se halla la creación de un consejo de guardianes del río, la generación de una política pública de descontaminación, la elaboración y ejecución de un plan integral de recuperación de formas tradicionales de subsistencia y alimentación, la generación de un plan conjunto para la erradicación y neutralización de actividades relacionadas con la minería ilegal, la realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos —tanto del río como de las comunidades que lo habitan— y la generación de indicadores ambientales para la evaluación de resultados.

Desde una perspectiva crítica, la sentencia muestra elementos que pueden ser utilizados en futuras causas para la guarda ecosistémica, en especial para incidir en la percepción que se tiene del entorno, pero —sobre todo— en el elevado papel que concede a las cosmovisiones de las etnias que habitan en la zona. Empero, también presenta dificultades. Entre ellas cabe mencionar que no da razones para abstenerse de abordar la temática atinente a la explotación maderera ilegal y que sus consideraciones giran exclusivamente en torno a la minería ilegal. A la par, si bien alega defender el reconocimiento de los derechos del río a partir de la guarda del pluralismo, lo cierto es que las comunidades que instauraron la acción de tutela en ningún momento adujeron que entendieran al

río como *sujeto de derechos*, ni se halla demostrado que, desde su perspectiva cultural, esa y no otra sea la comprensión que se tiene del sistema lóxico.

En este sentido, resulta problemática la reducción de la acepción *biocultural* sólo a ciertas comunidades, sin que medie su participación en una definición jurídica que el Tribunal da sobre su territorio. Algo que, por lo demás, y en respeto del Convenio 169 de la OIT, debería ser objeto de consulta previa al tratarse de una norma jurídica que incide en la condición jurídica de su territorio, que alcanza, según la propia sentencia, a ser el 96% de la cuenca.

Resulta ligero pretender que la visión jurídica de un juez constitucional sea equivalente a la de estos grupos, sólo porque así lo decide la autoridad pública, sin que medie su participación, máxime cuando los demandantes alegaron la trasgresión de derechos como la vida digna, el ambiente sano, la alimentación o la salud y nada refieren de una visión que comprenda esa aproximación al río.

Más allá de las críticas que puedan formularse en relación con la resolución, existe un elemento con potencialidad que fue enunciado por la Sala de Revisión, a saber, el reconocimiento de que la cosmovisión de los grupos tiene una protección constitucional del mismo valor y carácter que cualquier otra. Por ello, dentro de la adopción de decisiones públicas, debería ser tomada en cuenta. Esto implica la posibilidad de descartar otras aproximaciones ambientales que no se demuestren *mejores* desde la perspectiva de la sostenibilidad o guarda de las variables ecosistémicas relevantes. Con lo cual, existe un terreno fértil para exponer alegaciones que incidan en una mejor percepción del entorno.

Con lo anterior no se pretende excluir la posibilidad de que estas comunidades comprendan a un sistema lóxico como sujeto de derechos, pero la Corte no demuestra la existencia de un nexo entre la premisa relativa a que, por la guarda del pluralismo, sea posible tal perspectiva y que estos grupos humanos —dentro de sus dinámicas— comprendan de esta manera al río⁴². Sin embargo, si en un

⁴² Una crítica valiosa en este sentido parte de la idea de que, ante el choque de posturas culturales, una de ellas (la occidental) pretende definir el contenido de la otra, lo que resulta problemático e insuficiente para abordar este tipo de conflictos. Ante esta dificultad, se propone la adopción del concepto: conflicto ambiental ontológico. El punto de partida es reconocer que no existe acuerdo sobre la *cosa* o *el objeto* porque ambas partes perciben o enuncian relaciones y seres disímiles que, por motivos culturales, están ocultas para la otra. La única manera de desvanecer tal velo supondría un diálogo real entre las partes, algo que no sucede en la sentencia del río Atrato, donde es el juez quien trae a colación la idea de *sujeto de*

futuro, el discurso de los derechos del río se liga con la integridad ecológica, podrían incluirse en las alegaciones litigiosas aspectos relevantes a las variables que contemplan la dinámica de un sistema lótico, como lo sería, por ejemplo, el caudal mínimo. Precisamente, aquellas que hacen que el sistema ecológico exista y pueda subsistir. La pregunta sería cómo esclarecerlas y la única respuesta viable es que se dé a partir del diálogo de saberes, tanto científico como comunitario⁴³.

c) La política pública de inclusión de acciones afirmativas a favor de los recicladores en Bogotá

Mediante la sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional colombiana resolvió una acción de tutela instada por un grupo de recicladores de la ciudad de Bogotá. Se trata de un colectivo que ha sido discriminado por su quehacer hasta el punto de, según la propia jurisprudencia, ser considerados “desechables”. Lo que denota un trato indigno para seres humanos. Por ello, también resulta viable considerarlos como sujetos desventajados. Los recicladores, mediante la acción mencionada, buscaron la protección de su actividad laboral —que hace parte de la economía informal— frente a políticas públicas relativas al servicio público domiciliario de aseo que los excluía del acceso a materiales potencialmente aprovechables, necesarios para ejercer su trabajo⁴⁴.

Como quiera que, al momento de ser resuelta la causa, el concurso público para la concesión del manejo de los residuos ya había culminado, y éste se había

derechos. Vid. Jerónimo Basilio São Mateus, “Notas sobre el desarrollo del concepto de conflicto ambiental ontológico”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 8(1).

⁴³ Sobre el diálogo de saberes, vid. Enrique Leff, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes. Significancia y sentido en la construcción de un futuro sustentable”, *Polis* 3(7), 2004, p. 61-109.

⁴⁴ La Corte Constitucional colombiana es una autoridad jurisdiccional que en múltiples casos ha incidido en la elaboración de políticas públicas en procura de la guarda de derechos fundamentales. Entre algunos, puede mencionarse el derecho a la salud, la situación carcelaria, la generación de planes de ordenamiento territorial, políticas de financiación dentro del sistema financiero y la prestación de servicios públicos. Al respecto, vid. Javier Francisco Arenas Ferro, “De la participación ciudadana y el activismo judicial: intervenciones del juez constitucional en las políticas públicas”, Bernd Marquardt (coord), *Constitucionalismo Científico, Dinámicas globales y locales*, Témis. Bogotá, 2012, p. 149-169; o Juan Carlos Henao, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional* 15(29), 2013, p. 67-102.

sometido al manejo de consorcios privados, el Tribunal dispuso que en futuras ocasiones la autoridad administrativa debería generar acciones afirmativas en favor de este colectivo. Estas medidas abarcaron los concursos que llegasen a celebrarse para la contratación pública de la prestación de cualquiera de los componentes del servicio público domiciliario de aseo, esto es, entre otros, el aprovechamiento o su disposición final en rellenos sanitarios. Debían contar, por ende, con acciones que favorecieran a los recicladores, población vulnerable y discriminada, para que se materializaran los deberes sociales del Estado.

Ocho años después, la alcaldía de Bogotá volvió a licitar la contratación de elementos del servicio público domiciliario de aseo, bajo la idea de que la prestación por parte de consorcios beneficiaría al colectivo de bogotanos. Lo realizó sin incluir tales acciones afirmativas, pues aludía a la población en comento, pero fijaba medidas que cualitativamente no la favorecían⁴⁵. Los recicladores acudieron nuevamente ante el Juez constitucional, que dejó sin efectos la licitación pública por incumplir las órdenes dadas en el 2003, entre otras razones, por desconocer el derecho de acceso libre y seguro a los residuos potencialmente aprovechables, comprendidos bajo una perspectiva de *bienes* económicos y no meros desechos.

Los motivos del juez constitucional fueron plasmados en el Auto 268 de 2010. En esta providencia, la Corte abordó los mencionados deberes para alcanzar la igualdad material de las personas, pero adhirió otro componente: el móvil para la protección de este grupo supone la consideración de la relevancia ambiental de la actividad que desempeñan en virtud de los ingentes beneficios para el colectivo. Es decir: por el trabajo que realizan y las consecuencias que de él se derivan, deben incluirse acciones afirmativas que les permitan laborar, pero que, a su vez, mejoren las condiciones en que lo hacen.

Sobre el particular, el Tribunal constitucional señaló que se trataba de *empresarios de las basuras* que, dentro de las obligaciones del Estado, deben ser favorecidos por medidas que generen los espacios e incentivos para que

⁴⁵ Por ejemplo, fijaba incentivos de contratación que no repercutían ni incentivaban la actividad económica que conocen: el aprovechamiento de residuos, o incluía medidas que favorecían a menos de un 1% de los recicladores, cuya población alcanzaba a ser superior a los 16.000 individuos.

puedan ejercer su labor de manera digna y segura en beneficio del colectivo. Esto implica una protección desde dos ángulos: por una parte, al ser un grupo en condiciones de marginalidad, deben ser favorecidos para garantizar la materialización de sus derechos humanos; y, por la otra, debido al papel ambiental que desempeñan, su trabajo es visto como un medio que debe ser protegido, incentivado, promovido y dignificado, pues mengua el deterioro ecosistémico.

Lo anterior, en atención a la reducción del impacto ambiental causado en sociedades urbanizadas, por la consecución de materias primas, por el uso de energía o por la reducción de residuos que llegan a ser depositados en los rellenos sanitarios. Es decir, la decisión aborda cuestiones atinentes a la *emisión sostenida* de residuos, que es una vía para interiorizar la *entropía*, pues tiene que ver con la capacidad de asimilación de los ecosistemas y con la optimización del uso energético, pero, sobre todo, con la cantidad de desechos que terminan siendo enterrados en el entorno, afectando el paisaje, el uso del suelo y a las comunidades que habitan en las cercanías de los rellenos sanitarios.

Asimismo, aborda el conflicto a partir del trabajo humano y del impacto benéfico que acarrea para toda la sociedad. Por ende, destaca la labor de los recicladores, un grupo desventajado por las condiciones en que sobrevive, desde una perspectiva de justicia que corresponde a la visión teórica mencionada en páginas precedentes. De allí que, a partir de esta construcción constitucional, pueda alegarse la guarda del trabajo de un grupo por las consecuencias ecológicas que genera, lo que, no sobra decir, permite superar contraargumentos relativos a que debe primar el beneficio general contra el de una minoría, pues el punto central de las consideraciones de la Corte es que no existe dicha tensión por los efectos benéficos para todos.

d) El daño significativo en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La potestad consultiva es una de las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴⁶. En su ejercicio, emitió una opinión relativa al

⁴⁶ De conformidad con el artículo 62.3 de la Convención Americana, "La Corte tiene

ambiente y a los derechos humanos en noviembre 15 de 2017. La solicitud fue presentada por el Gobierno de Colombia, que planteó interrogantes en torno a las obligaciones de los Estados en la materia, en especial cuando se amenacen derechos humanos por la construcción de grandes obras de infraestructuras que puedan afectar el ambiente marino y el hábitat de nuestra especie. De manera particular, el Estado colombiano formuló su interrogante en relación con la posibilidad de someter a una persona a su jurisdicción a pesar de no hallarse en su territorio.

En la opinión consultiva (OC), la CIDH abordó disímiles asuntos. Entre ellos, el alcance de su competencia, la protección de los derechos humanos como deberes de los estados, la jurisdicción funcional y su relación con el control efectivo sobre sus agentes, el contenido y características del derecho al ambiente sano y sus vínculos con otros bienes como la vida y la integridad personal, así como a la existencia de otras obligaciones y herramientas que lo resguardan.

Ahora bien, como quiera que este escrito no busca ahondar en todos los puntos abordados por la OC, sino presentar herramientas que incidan en posibles estrategias argumentativas que permitan —entre otros— interiorizar la entropía al reducir la magnitud de la degradación, al igual que resguardar las variables ecosistémicas de los bienes ambientales, nos centraremos en dos conceptos que cumplen tal finalidad, pero que, en lo práctico, se amalgaman bajo la idea de *gravedad* de la afectación. Ellos son el *daño significativo* y la *profunda degradación*, que se vincula con un *impacto negativo considerable*.

Pues bien, la CIDH se aproxima a la interficie entre sociedad y naturaleza desde dos ángulos: por un lado, las relaciones que existen entre los derechos humanos y el ambiente, del que dependen bienes como la salud, la alimentación y la cultura; por el otro, las afectaciones que aquel padece por la degradación, contaminación u otros impactos *antrópicos*, entre ellos el cambio climático. Esto último se extiende a los vínculos de otras especies con el entorno, lo que hace

competencia para reconocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de [sus] disposiciones”.

que el ambiente tenga un valor en sí mismo considerado. Es decir, por la relevancia de las variables ecosistémicas para otros organismos vivos.

Ambas perspectivas se ligan con la idea de la existencia de lazos indisolubles que, en última instancia, se relacionan con la dignidad humana. De allí que el ambiente sea, además de un derecho autónomo, una *precondición* para el ejercicio de cualquier otro derecho, entre ellos la vida, la salud, la familia y la propiedad. Es en este sentido que la CIDH menciona la *interdependencia* no solo entre los derechos sino para un desarrollo favorable a partir de tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental. Ahora bien, como quiera se trata de la gravedad de la afectación, un parámetro para esclarecer su severidad —que comprende como su deterioro— es la incidencia en otros bienes jurídicos. La cual, según el propio Tribunal, debe analizarse desde el contexto y circunstancias en que vivan los grupos humanos que los padezcan.

Adicionalmente, bajo dinámicas de los derechos económicos, sociales y culturales, el cumplimiento de las obligaciones relativas al ambiente debe seguir criterios de *disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad*. Lo que a su vez relaciona con *indicadores de progreso* en torno a los siguientes puntos: condiciones atmosféricas, calidad y suficiencia de fuentes hídricas, calidad del aire, calidad del suelo, biodiversidad, la producción y manejo de residuos contaminantes, los recursos energéticos y el estado de los bosques⁴⁷. Todo esto debe ser analizado desde una perspectiva contextual, pues es claro que solo en ámbitos de discusión concreta se puede esclarecer la gravedad del impacto en las variables ecosistémicas o ambientales.

Es necesario señalar que lo anterior no se reduce a una perspectiva exclusivamente técnica. Por el contrario y a partir de la construcción que el Tribunal hace de derechos instrumentales o de *procedimiento*, como la información o el acceso a la justicia, debe entenderse que la gravedad de la afectación tiene que establecerse a partir de la *gestión participativa* de las comunidades afectadas, ya que se trata de términos *cualitativos* y relativos a las

⁴⁷ Vid. la Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-0), Adopción del Mecanismo de Seguimiento para la implementación del Protocolo de San Salvador, del 4 de junio de 2014, que la Corte menciona.

condiciones concretas en que viven. Es decir, las particularidades del conflicto ambiental solo podrán determinarse a través de la participación comunitaria.

A partir de tal diálogo, parámetros que permiten hacerla *evidente* podrían hallarse en la incidencia en otros bienes jurídicos como la salud humana, la integridad personal o la agricultura, sin obviar la aplicabilidad de principio de precaución como criterio analítico y de gestión. Esto hace que las variables ecosistémicas relevantes en cada caso puedan evidenciarse a través de componentes sociales y ecológicos, que obligan a una aproximación participativa de los afectados, donde debe haber un flujo de información relevante que permita evidenciar la severidad de cualquier impacto.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de los casos analizados en las páginas anteriores, ha podido apreciarse la importancia del proceso de selección e interpretación del Derecho aplicable, así como el diseño narrativo del caso, a la hora de permitir a los tribunales de justicia emitir decisiones que desembocan en un control efectivo del poder —no sólo de los poderes públicos, sino también de actores corporativos que constituyen un factor determinante en la modificación antrópica del Sistema Tierra, como muestran las diferentes facetas del llamado *Dieselgate*—. En este sentido, decisiones históricas como la del caso Urgenda o el caso Ashgar Leghari permiten visualizar la construcción de un discurso de matriz constitucional que habilita estrategias contrahegemónicas a la hora de condicionar la gobernanza climática global a partir de la acción concreta de los movimientos sociales.

Sin embargo, las exploraciones e innovaciones que pueden desarrollarse en las resoluciones judiciales pueden reposar sobre fundamentos débiles que, en última instancia, erosionan su legitimidad, esto es, su capacidad de interpelar al resto de actores institucionales y a la sociedad en su conjunto, lo que, en última instancia compromete su influencia en la modificación de los comportamientos dominantes que contribuyen a las dinámicas insostenibles e injustas de la economía-mundo, como muestra el caso del río Atrato. El equilibrio y la sensibilidad de los tribunales son determinantes a la hora de construir estrategias

narrativas convincentes e construcciones jurídicas pertinentes para desarrollar su rol de control y exigencia de responsabilidad, contribuyendo así a generar los cambios en las instituciones y las prácticas para avanzar hacia una gobernanza equitativa y sostenible del Sistema Tierra.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Allen, Myles R.; con Richard Lord, “The blame game”, *Nature* 432, 2004, p. 551-552.

Arenas Ferro, Javier Francisco, “De la participación ciudadana y el activismo judicial: intervenciones del juez constitucional en las políticas públicas”, Bernd Marquardt (coord), *Constitucionalismo Científico, Dinámicas globales y locales*, Témis. Bogotá, 2012, p. 149-169.

Barbosa Moreira, José Carlos, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2, 1992, p. 153-158.

Bonneuil, Christophe, con Jean-Baptiste Fressoz, *The Shock of the Anthropocene: The Earth, History and Us*, Verso. Londres, Brooklyn, 2017 (edición inglesa de David Fernbach).

Bourdieu, Pierre, *La fuerza del Derecho*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2005.

“Crude awakening”, *The Economist*, 9 de febrero de 2019, p. 7.

Crutzen, Paul J.; con Eugene F. Stoermer, “The «Anthropocene»”, *Global Change Newsletter* 41, 2000, p. 17-18.

— “Geology of mankind”, *Nature* 415, 2002, p. 23.

Dal Bó, Ernesto “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Review of Economic Policy* 22(2), 2006, p. 203-225.

De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta. Madrid, 2014.

European Parliament, Collective redress in the Member States of the European Union, 2018; disponible en:

<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf)>.

Figuroa Gómez, Luz; con Paula Cerón Arboleda, “La eficacia de las acciones populares y sus indicadores”, *Precedente. Revista Jurídica*, 2010, p. 295-307.

Fiss, Owen, “Grupos y Clausula de Igualdad de protección”, Roberto Gargarella (ed.), *Derechos y Grupos Desventajados*, Gedisa. Barcelona, 1999, p. 137-167.

Georgescu-Roegen, Nicholas, *The Entropy Law and the Economic Process*, Harvard University Press. Londres, 1971.

González, Lina María; con Alejandra Duran Castellanos (eds.), *¿Paz para quién? Defensa del territorio y minería en Colombia, Estudios de caso desde comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes*, Descontrol. Barcelona, 2017.

González Villa, Julio, “Las acciones populares y el daño ambiental”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 42(117), 2012, p. 581-620.

García-Álvarez, Laura, “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 30, 2015.

Guattari, Felix, *Las tres ecologías*, Pretextos. Valencia, 1990 (edición castellana a cargo de José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta).

Hart, Michael; con Antonio Negri. *Imperio*, Paidós. Barcelona, 2005 (versión castellana de Alcira Bixio).

Heno, Juan Carlos, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional* 15(29), 2013, p. 67-102.

Jaria i Manzano, Jordi, “La identificación del Derecho aplicable en un contexto normativo complejo”, VVAA, *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2015, p. 89-117.

— “La litigació climàtica a Espanya: una prospectiva”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 9(2), 2018.

Leff, Enrique, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes. Significancia y sentido en la construcción de un futuro sustentable”, *Polis* 3(7), 2004, p. 61-109.

Londoño Toro, Beatriz, “Aproximación teórica y práctica al litigio estratégico y a la participación ambiental en Colombia”, Corte Constitucional, *Memorias Encuentro Constitucional por la tierra*, Imprenta Nacional. Bogotá, 2015, p. 393-405.

Nogueira López, Alba, “Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades”, Avelino Blasco Esteve (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP. Madrid, 2011, p. 121-187.

Ruda González, Albert, “Perspectives de la litigació pel canvi climàtic arran del cas Urgenda”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 9(2), 2018.

São Mateus, Jerónimo Basilio, “Notas sobre el desarrollo del concepto de conflicto ambiental ontológico”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 8(1)-

Serrano Moreno, José Luis, *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*, Comares. Granada, 1992.

Toledo, Víctor M., “El metabolismo social: una nueva teoría socioeconómica”, *Relaciones* 136, 2013, p. 41-71.

Viñuales, Jorge E., “The Organisation of the Anthropocene. In Our Hands?”, *International Legal Theory and Practice* 1(1), 2018, p. 1-81.

Von Bogdandy, Armin, “Comparative Constitutional Law: A Contested Domain. A. Comparative Constitutional Law: A Continental Perspective”, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford. Oxford University Press, 2012, p. 25-53.

Zumbasen, Peer, “Carving our typologies and Accounting for differences across Systems: towards a methodology of transnational constitutionalism”, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 75-97.