

INFORME Nº 15

# OBJETIVO III: RESUMEN EJECUTIVO

Jordi Jaria-Manzano

CONCLIMA  
Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad  
(DER2016-80011-P)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La identificación y aplicación del Derecho aplicable en un contexto de complejidad normativa. 3. Litigación climática: control y responsabilidad. 4. Estrategias sancionadoras en materia de cambio climático.

## **1. INTRODUCCIÓN**

1.1. El objetivo III del proyecto consiste en la exploración de los mecanismos a través de los que los tribunales ejercen el control y adjudican la responsabilidad en relación con el régimen jurídico del cambio climático, a partir de la construcción constitucional de tal régimen, que permite su utilización como parámetro de control de la actividad de los poderes públicos y que se desarrolla a partir de la selección del Derecho aplicable en el contexto de la litigación.

1.2. En relación con ello, el objetivo se despliega a través de dos líneas metodológicas complementarias. Por una parte, desde el punto de vista de una teoría de la jurisdicción en un contexto constitucional y, en consecuencia, reposando en materiales académicos orientados a la descripción del rol del juez en el sistema, se trata de modelizar un marco hermenéutico apropiado para desplegar los contenidos de la constitución climática definidos a partir de la convergencia de los Objetivos I y II. Por otra parte, se trata de hacer un inventario exhaustivo y clarificador de la litigación climática que permita contrastar los elementos sustantivos desarrollados con la realidad de los pleitos planteados en este ámbito.

1.3. Ello se complementa con una exploración específica del Derecho sancionador en relación con la articulación jurídica de la mitigación y adaptación al cambio climático, que presenta particularidades significativas que explican su consideración autónoma en el marco de este informe. En relación con ello, el trabajo de investigación se ha centrado en el Derecho penal, centrándose en la posibilidad de hacer efectivas estrategias de prevención y reacción en el ámbito del Derecho sancionador, sea penal, sea administrativo. La delincuencia organizada en relación con el tráfico ilegal de madera y su contribución a la deforestación ha sido utilizada como estudio de caso relevante

## **2. LA IDENTIFICACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN UN CONTEXTO DE COMPLEJIDAD NORMATIVA**

2.1. Una eventual constitución climática global vendría 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 discursivas y de prácticas institucionales y, en definitiva, como instrumento para la promoción de unos determinados procesos sociales.

2.2. Una serie de distintos campos de desarrollo jurisprudencial se han identificado como relevantes para presentar una panorámica 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. En concreto, se han elegido 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 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; y, finalmente, de manera crucial en relación con el conjunto del proyecto, las estrategias de selección e interpretación del Derecho en el ámbito de la litigación climática, cuyos detalles se desarrollan en el apartado siguiente.

2.3. 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. Por ello, pueden considerarse que la implantación de la acción colectiva en el ámbito climático es aún limitada en Europa, a pesar de su utilidad, en la medida que permiten la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda, facilitando el acceso a la justicia de demandantes que, seguramente, descartarían acudir a ella a título individual.

2.4. En un mundo caracterizado por la creciente desigualdad ante la ley entre las grandes corporaciones y los individuos y comunidades, la implementación de acciones de defensa de intereses colectivos parece una vía para conseguir una efectiva exigencia de responsabilidades ante los actores corporativos y, en consecuencia, para el desarrollo de marcos constitucionales que permitan delimitar las obligaciones y las responsabilidades en relación con el cambio climático. En este sentido, 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, ofrecen perspectivas para este tipo de desarrollos.

2.5. Por otra parte, la dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual ha erosionado el concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma, que, asimismo, también viene afectada por la captura del regulador en muchos supuestos. En este contexto, 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 una legitimidad técnica, 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. En este contexto y ante la erosión de la ley, la creación de marcos hermenéuticos complejos en los que se sustancie una idea evolutiva de

constitución permite el ejercicio del control del poder por parte de los órganos jurisdiccionales, así como la canalización del conflicto social ante los tribunales.

2.6. El Derecho puede ser comprendido como un ámbito ritualizado de conflicto en el que diferentes actores disputan, a través de un lenguaje específico y técnico, la posibilidad de delimitar jurídicamente aspectos que les conciernen. En este contexto, debe encuadrarse la búsqueda de estrategias hermenéuticas tuitivas que favorezcan a grupos humanos y fortalezcan la gestión de las autoridades jurisdiccionales como focos de control del poder, que permite repensar la constitución como instrumento abierto para la resolución del conflicto. Esta perspectiva debe guiar la identificación y la interpretación del Derecho aplicable, construyendo un armazón constitucional que permita, desde el punto de vista forense, la resolución de los conflictos sociales que se presenten y el despliegue de estrategias efectivas de control del poder.

2.7. La importancia del proceso de selección e interpretación el Derecho aplicable, así como el diseño narrativo del caso, son cruciales a la hora de permitir a los tribunales de justicia emitir decisiones que articulen 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.

2.8. Las exploraciones e innovaciones desarrolladas en las resoluciones judiciales, sin embargo, pueden reposar sobre fundamentos débiles que, en última instancia, erosionen su legitimidad, esto es, su capacidad de interpelar al resto de actores institucionales y a la sociedad en su conjunto. El equilibrio y la sensibilidad de los tribunales son determinantes a la hora de construir estrategias

narrativas convincentes y 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.

### **3. LITIGACIÓN CLIMÁTICA: CONTROL Y RESPONSABILIDAD**

3.1. En el contexto de control judicial de los poderes, utilizando los instrumentos normativos para resolver conflictos ambientales, promoviendo las condiciones de equidad y sostenibilidad que pueden extraerse de una lectura de las normas orientada con la justicia ambiental, se plantea el supuesto de la litigación climática, que busca reaccionar ante la inacción de los diferentes actores responsables ante el fenómeno del cambio climático. En relación con ello, distintos órganos judiciales, así como otras instancias fiscalizadoras del poder, se ocupan de casos relativos al cambio climático, haciendo efectiva una tendencia, de acuerdo con la cual, ante la eventual captura de los poderes públicos y la falta de incentivos de los actores privados, se produce un desplazamiento desde la regulación al litigio.

3.2. Aunque pueda parecer un concepto relativamente transparente, la delimitación de lo que deba entenderse por 'litigación climática' es un problema complejo. En este sentido, cabe apuntar que la literatura especializada no ha logrado alcanzar un consenso relevante en torno a una definición única. A los efectos de la investigación desarrollada en el marco del proyecto, se ha considerado como litigios climáticos todas las acciones judiciales o parajudiciales donde el cambio climático es el tópico principal de la causa. El proceso jurisdiccional tiene entonces por objeto la promoción, de forma expresa, de alguno o algunos de los pilares fundamentales reconocidos en el marco de la Convención Mundial de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), esto es, la mitigación de los gases de efecto invernadero (GEI), la adaptación y la reducción de la vulnerabilidad ante los impactos climáticos, así como la atribución de responsabilidades en relación con ello, con el fin de avanzar en relación con la justicia climática

3.3. La concienciación y sensibilización social son fundamentales para explicar el crecimiento exponencial de los litigios climáticos. En este sentido, el contraste entre la opinión de la comunidad científica sobre el cambio climático, que progresivamente ha ido consolidando una interpretación que propugna que se trata de un proceso en curso cuyo origen es antrópico, y la inacción institucional a la hora de reaccionar ante el problema ha a organizaciones y movimientos sociales a buscar un cambio de las políticas públicas en esta área a través del espacio forense. Por lo demás, el establecimiento del origen antrópico del cambio climático parece exigir la identificación de los responsables, lo que favorece también el papel de la jurisdicción en este ámbito.

3.4. Los conflictos que se vehiculan a través del Poder Judicial en materia de cambio climático suelen tener la siguiente estructura en relación con las partes procesales:

- a) Entes gubernamentales v. entes gubernamentales.
- b) Entes gubernamentales v. corporaciones.
- c) Sociedad civil v. corporaciones.
- d) Sociedad civil v. entes gubernamentales
- e) Corporaciones v. entes gubernamentales.

Se constata en cambio una ausencia de conflictos entre estados que tengan un desarrollo forense. Sin embargo, existe la posibilidad de la presentación de un caso ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o bajo el régimen de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), específicamente por parte de algún estado especialmente vulnerable a los impactos del cambio climático, como podría ser alguno de los llamados los pequeños estados insulares en desarrollo. En todo caso, de momento, esto aún no se ha planteado. En relación con los actores en el contexto de la litigación climática cabe apuntar, por último, el papel destacado que pueden jugar los pueblos indígenas y las organizaciones internacionales, así como las generaciones futuras en el caso que logren establecerse vías adecuadas para articular su representación procesal.

3.5. La litigación climática puede darse en diversas circunscripciones territoriales, desde el ámbito internacional hasta el ámbito local, atendiendo a la complejidad de problemática, a pesar de su notorio carácter global. En el ámbito internacional, debe diferenciarse la actuación de instituciones de carácter universal de aquellas de ámbito regional. En cuanto a las primeras, no existen todavía registros de casos ante la CIJ ni bajo el régimen de la UNCLOS. En cuanto a la jurisdicción regional, se han dado ya algunos casos vinculados al cambio climático. También puede mencionarse al menos un caso de carácter transnacional, es decir, un caso en el que un tribunal nacional resuelve sobre daños que se producen en otro estado. Se trata del caso Lluïya, en el que un ciudadano peruano demandó ante la jurisdicción alemana a una corporación radicada en ese país por contribuir al cambio climático y poner en riesgo su propiedad en una ciudad de los Andes peruanos. Es el ámbito jurisdiccional interno donde se registran la gran mayoría de los casos, ya sea en tribunales locales, provinciales y estatales, como también casos en tribunales de carácter nacional o federal. Esto dependerá de la ordenación jurisdiccional de cada sistema jurídico.

3.6. Existe una gran variedad de fundamentaciones jurídicas a la hora de articular la litigación climática. Se trata de un problema complejo que permite manejar normas de contenido diversos en función del tipo caso que se plantee, siendo relevante tanto la jurisdicción como la parte demandada a la hora de desarrollar una determinada estrategia en relación con la selección del Derecho aplicable. Entre las áreas de contenido que se utilizan de manera preferente en el planteamiento de las demandas relacionadas con el cambio climático, cabe mencionar los derechos humanos —que presentan, de por sí, una sustancia constitucional bastante obvia—, el *public trust* —que, a pesar de su enraizamiento en el Derecho privado permite, asimismo, una lectura constitucional en relación con las funciones de los poderes públicos—, así como, finalmente, el derecho de daños —que es quizá el tipo de norma más alejado de la constitución en el contexto de la litigación climática—.

3.7. La litigación climática, sin embargo, encuentra diferentes obstáculos, relacionados con el uso de vías procesales pensadas para litigios relativos a objetos y consecuencias más delimitados. Uno de los aspectos problemáticos fundamentales es la prueba del nexo causal, dificultad ya conocida en general en relación con los litigios ambientales, que también aquí se plantea como una de las dificultades más difíciles de superar por parte de los demandantes. Debe señalarse que la misma naturaleza del cambio climático y sus impactos hace especialmente dificultosa la tarea de vincular unas determinadas emisiones con unos determinados daños.

3.8. Otro de los aspectos controvertidos en relación con la litigación climática es la justiciabilidad del asunto, que, habitualmente, es puesta en cuestión por los demandados y que, en muchas ocasiones, es rechazada por los tribunales. En este sentido, se ha considerado, tanto en casos contra corporaciones como en casos contra Estados, que el cambio climático constituye una cuestión política no justiciable. En definitiva, en el contexto de la división de poderes, se considera que las cuestiones relativas a la respuesta ante el cambio climático no constituyen objeto de jurisdicción, sino que se trata de cuestiones que deben ser resueltas legislativamente. En una jurisdicción particularmente madura en relación con la litigación climática, este planteamiento ha sido desarrollado con amplitud, de acuerdo con la *political question doctrine*.

3.9. También la legitimación ha sido un aspecto controvertido en el desarrollo de la litigación climática. Este aspecto ha sido relevante tanto en relación con la legitimación activa, poniéndose en duda la relación entre la pretensión procesal y los derechos e intereses de la parte actora; así como también en relación con la legitimación pasiva, esto es, las obligaciones efectivas de la parte demandada en relación con el objeto del proceso. El carácter difuso de la problemática que pretende afrontar la litigación climática hace que, en ciertos casos y ante ciertas jurisdicciones, se considere que la legitimación de las partes no está suficientemente acreditada.

#### **4. ESTRATEGIAS SANCIONADORAS EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO**

4.1. Más allá del desarrollo de estrategias de litigación en un contexto de control del poder ante los efectos del cambio climático, que pone en juego construcciones complejas en la identificación e interpretación del Derecho, existe la posibilidad de promover la acción sancionadora de los poderes públicos, la cual, contrariamente, viene regida por el carácter estricto del proceso de identificación y aplicación del Derecho, de acuerdo con el principio de *nulla poena sine lege*. A pesar de estas limitaciones, que exigen un rol activo por parte del legislador, cabe examinar si se aprecia el desarrollo de estrategias sancionadoras coherentes en este ámbito, que complementen, hasta cierto punto, el rol de control que la sociedad civil puede jugar en la litigación climática, reaccionando ante los comportamientos más graves que comprometen los programas de adaptación y mitigación que se intentan implantar desde la comunidad internacional, los distintos estados y los entes subcentrales.

4.2. En este contexto, tiene particular importancia la intervención del Derecho penal. De acuerdo con el profesor Rob White se pueden distinguir las siguientes figuras delictivas relacionadas con el cambio climático:

- Los delitos que contribuyen al cambio climático, como la tala ilegal de madera, la emisión de gases contaminantes, la contaminación ilegal, la destrucción ilegal de hábitats y bosques, y la reducción de la masa biológica.
- Los delitos que derivan o son consecuencia del cambio climático, como la sustracción ilegal de agua, la caza furtiva y la disminución de poblaciones de peces por la pesca ilegal.
- Los delitos asociados al cambio climático, entre los que cabe mencionar aquellos que se vinculan al orden público y a la violencia social por la lucha por recursos escasos.
- Y, finalmente, los delitos derivados de la contravención de la normativa relativa al cambio climático, como los fraudes y falsedades en el comercio de carbón y en las compensaciones.

4.3. Si bien no se cuenta todavía con un volumen suficiente de estudios que examinen las sentencias por delitos ambientales, y aun cuando las investigaciones existentes se han centrado mayoritariamente en el castigo impuesto a empresas y corporaciones por delitos ambientales, se constata que, en la mayor parte de ocasiones, la reacción sancionadora ante comportamientos dañosos para el medio ambiente y, en particular, en relación con aquellos que desconocen las limitaciones derivadas de las normativas relativas a la adaptación y la mitigación ante el cambio climático son más bien de carácter administrativo, aparte de las compensaciones que puedan derivarse de procesos en el orden civil. En definitiva, el Derecho penal no parece ser una vía particularmente adecuada para hacer efectivas las políticas de reacción ante las transformaciones indeseadas en los ecosistemas o el Sistema Tierra en su conjunto. En cualquier caso, la imposición de sanciones de una y otra naturaleza —civil, administrativa o penal— viene determinada por la previa decisión del legislador de incorporar las conductas en uno u otro ámbito del ordenamiento jurídico, relegando la intervención penal a los supuestos en los que, de concurrir la vulneración de una regulación administrativa, se superan determinados límites cuantitativos o cualitativos.

4.4. Sin embargo, ello no significa que, en determinados sectores, la acción del Derecho sancionador y, en particular, la utilización del Derecho penal no sea efectiva o, como mínimo, útil en relación con el cambio climático. En este sentido, cabe destacar, particularmente, el caso de la tala ilegal de bosques, ante la que cabe una reacción penal del estado. Existe una relación clara entre el cambio climático, por una parte, y la existencia de una determinada cubierta vegetal planetaria, por otra. Así, por un lado, las alteraciones en el clima repercuten en el estado de los bosques y selvas dado que el aumento de las temperaturas, la modificación de las pautas de lluvia o los fenómenos meteorológicos extremos como huracanes o tsunamis o la desertificación, afectan a la composición de los bosques y pueden comportar la disminución de su extensión y densidad. Por otro lado, los bosques y selvas son componentes esenciales del ecosistema puesto que realizan funciones tan importantes como los de filtrar recursos hídricos, prevenir la erosión del suelo, o conformarse como reserva para la biodiversidad,

siendo hábitat de dos tercios de las especies terrestres. Además, los bosques y selvas contribuyen a la mitigación del cambio climático, mediante la función de absorción del dióxido de carbono que se halla en la atmosfera y que procede en gran medida de la quema de combustibles fósiles.

4.5. En la medida que se trata de estrategias sancionadoras en materia de cambio climático, en sede penal, la reflexión debería empezar por el bien jurídico protegido, siendo ésta una de las líneas de investigación futura a partir de la investigación desarrollada en este proyecto. Es importante preguntarse, en una situación de crisis y emergencia climática como la actual, si además del bien jurídico biodiversidad, sobre el que se han configurado los delitos relativos a la flora y la fauna, las vías de persecución penal del tráfico ilegal de madera y de sus productos derivados, no deben plantearse desde una perspectiva más amplia, coherente con el rol fundamental que los bosques desempeñan en el sistema climático. Esto abre un debate de fondo en relación con el rol del Derecho penal en el ámbito de la reacción social ante el cambio climático.