



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
*Metodologia de la comparación jurídica.*  
Curso de Verano ed. on line 2021  
Modelos de justicia constitucional,  
supranacional, electoral y ambiental

# ***EL LITIGIO CLIMÁTICO COMO PROBLEMA DE COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL***

**Michele Carducci**

**Cedeuam Università del Salento**

[www.cedeuam.it](http://www.cedeuam.it) – [www.analisielogicadeldiritto.it](http://www.analisielogicadeldiritto.it)

[michele.carducci@unisalento.it](mailto:michele.carducci@unisalento.it)

*Curso de Verano en «Metodologia de la comparación jurídica»*

*Junio 2023*



## ESQUEMA DE EXPOSICIÓN

*Los litigios climáticos son ahora objeto de muchas investigaciones de derecho comparado.*

*Sin embargo, estas investigaciones siguen métodos de comparación muy diferentes y no siempre científicamente correctos*

*Esta confusión también afecta al uso comparativo de la jurisprudencia dentro de los mismos litigios de los distintos Estados, lo que a veces lleva a una distorsión de los hechos y a una deformación de los precedentes.*

*La dificultad se explica por la complejidad de la cuestión climática, que no es simplemente una cuestión medioambiental.*

*En efecto, la cuestión climática plantea retos epistemológicos sin precedentes para el jurista y sus modelos de observación de la realidad y de conocimiento del derecho, sobre todo ahora que el mundo entero reconoce la existencia de una emergencia climática como una amenaza existencial para toda la humanidad.*



## ESQUEMA DE EXPOSICIÓN

*El propio concepto de "justicia climática" ha sufrido de las transformaciones radicales tras los acontecimientos y novedades planetarias de 2015-2020. La humanidad se proyecta hacia el colapso global de la civilización actual, basándose en el riesgo en función del crecimiento y el consumo. La convergencia del fracaso de las cuatro grandes apuestas planetarias de la humanidad, concertadas por los Estados en 2015 y todas ellas convergentes en el ya muy cercano 2030 (lucha contra el cambio climático, restauración de la biodiversidad, 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y reducción de catástrofes), dibuja un panorama que no promete respuestas tranquilizadoras, como confirma el Informe Especial del IPCC de 2018 y ahora el SYR IPCC 2023. Las cuestiones de justicia ya no son una cuestión de distribución de bienes, sino de compartir "males comunes" ("Common Bad").*

*Los juristas que analizan y comparan los litigios climáticos apenas son conscientes de esta complejidad epistémica y de la dramática novedad. En consecuencia, formulan clasificaciones y análisis comparativos "indiferentes" a la evolución de los hechos.*

*Desde la perspectiva de la metodología de la comparación constitucional, estas comparaciones son muy cuestionables.*



*Las clasificaciones de los litigios son principalmente de contenido:*

- cronológico*
- geopolítico (suponiendo una diferencia entre el Norte y el Sur global en la dinámica de los litigios)*
- axiológico (debido al énfasis en los derechos humanos universales como base de las demandas judiciales)*
- autorreferencial (debido al énfasis en la contribución de los asesoramientos técnicos de prueba, siempre ofrecidos por las mismas ONG globales para la calificación del concepto de Equidad con fines de mitigación;*
- binario (para la lectura de las decisiones judiciales según las concepciones subjetivas del investigador sobre la cuestión del clima.*



## ***ESQUEMA DE EXPOSICIÓN***

*Estas clasificaciones tienen muchas limitaciones:*

- (a) no elaboran un tertium comparationis para legitimar la representación de la realidad lo más equidistante posible del investigador que clasifica;*
- b) ignoran o subestiman las novedades fundamentales y dramáticas de 2015-2018 como situaciones de hecho que condicionan la dinámica procesal;*
- c) no consideran la especificidad del contexto de la Unión Europea, con su integración tridimensional (Estados-UE-CEDH), fuente de un "derecho procesal complejo" único en el mundo.*

*Con la entrada en vigor en la UE del Reglamento n° 2021/1119 (la primera ley climática supranacional de la historia), la singularidad del sistema europeo se convierte en un elemento de comparación ineludible para entender la complejidad epistémica de los litigios climáticos.*

**A continuación, debemos tratar de analizar este complejo desafío comparativo.**



## Primera premisa: introducción al léxico

El derecho climático no es sinónimo de derecho ambiental, porque clima y medio ambiente no son sinónimos, y el derecho climático no se ocupa del medio ambiente sino del problema específico de la estabilización del sistema climático planetario (y el sistema climático está compuesto por la atmósfera, la biosfera, la litosfera, la hidrosfera y la criosfera ... que es todo y no bienes u objetos individuales).

La distinción y la no confusión se encuentra explícitamente en la CMNUCC de 1992 en el *Preámbulo* y el artículo 1.

(<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/glossary-of-climate-change-acronyms-and-terms>)

Se trata, pues, de verdaderas "definiciones jurídicas" del derecho positivo, que el jurista no puede ignorar o confundir a su discernimiento. Estas definiciones legales constituyen la base de esta exposición.



## Segunda premisa: el Anexo 1 CMNUCC

Un segundo elemento fundamental para enmarcar correctamente la cuestión del litigio climático es la distinción (prevista en el Anexo 1 de la CMNUCC) entre países "desarrollados" y "en desarrollo" con respecto a la "Equity" como criterio de justicia planetaria (por causa de la “disconexión biosférica”) en la cuantificación de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Esta distinción es importante para el discurso sobre la efectividad de los precedentes judiciales y para el encuadre de las diferencias en las disputas del "Sur del mundo".

## Tercera premisa. Sistema de fuentes jurídicas “climáticas” entre la UE y el resto del mundo (1)

### SISTEMA DELLE FONTI CLIMATICHE *EXTRA UE* (RESTO DEL MONDO)

UNFCCC



**Scienze climatiche**

(*Earth System Sciences*) → **Fonti giuridiche COP** (Accordo di Parigi)  
[interposizione normativa della scienza nelle fonti internazionali]



**Sistema costituzionale delle fonti dello Stato**

(con eventuali “clausole di apertura”  
al diritto internazionale e alla scienza)



**Giudici solo “nazionali”**

(di solo diritto interno in relazione  
*anche* con il diritto internazionale)



**Ampia discrezionalità**

di interpretazione, di attuazione e di richiamo a principi  
**solo di diritto interno**  
(es. separazione dei poteri; political questions ecc...)



# Tercera premisa. Sistema de fuentes jurídicas “climáticas” entre la UE y el resto del mundo (2)

**SISTEMA DELLE FONTI CLIMATICHE NELLO SPAZIO GIURIDICO UE (CASO UNICO AL MONDO)**

**UNFCCC**



**Scienze climatiche**

(*Earth System Sciences*) → **Fonti giuridiche COP** (Accordo di Parigi)

[interposizione normativa della scienza nelle fonti internazionali]



**Sistema costituzionale delle fonti dello Stato membro UE**

(con “condizioni” di “cessione di sovranità” alla UE sulla materia “concorrente” dell’art. 191 TFUE)



**Adesione della UE all’UNFCCC e all’Accordo di Parigi**

(c.d. “europeizzazione” del diritto internazionale)



**Primato ed effetto utile dell’UNFCCC e dell’Accordo di Parigi**



**Subordinazione di UNFCCC e Accordo di Parigi all’art. 6 TUE (Carta di Nizza-Strasburgo e CEDU)**



**Giudici “nazionali” diventano “europei”**

(garanti del rispetto dell’art. 6 TUE  
anche da parte del diritto internazionale)



**Assenza di discrezionalità**

di interpretazione, di attuazione e di richiamo a principi  
**per vincolo agli artt. 51-54**

**della Carta dei diritti fondamentali della UE**

(NO separazione dei poteri; NO insindacabilità; SI diritti)

**c.d. “controlimiti consentiti” dall’art. 193 TFUE**

ma solo “*in melius*” dei diritti  
(art. 4 n. 2 TUE)  
quindi anche uso della **scienza**  
“*in melius*” per i diritti



# *Estructura del itinerario de comparación*

**Prólogo. El *Tertium comparationis* es la emergencia climática (2015-2030→2050) con el problema de la “justa” transición ecológica y energética**

↓  
**1. Ahora inevitablemente, las “*Litigation Strategies*” se encuadran en este contexto**

↓  
**2. Orígenes y marco geopolítico de las “*Litigations Strategies*” en la *Common Law***

↓  
**3. El juez se convierte en regulador del riesgo**

↓  
**4. Surgimiento de litigios “energéticos” para la transición “justa” (Equity) para la transición “justa” en relación con el *neminem laedere* y el *no Harm* (aparición de la cuestión de los derechos humanos como elemento del litigio)**

↓  
**5. Los 4 elementos “constitucionales” de cualquier “*climate change litigation strategy*”**

↓  
**6. El carácter “constitucional” de la cosa juzgada**

↓  
**7. Los métodos de comparación de esta realidad jurídica, utilizados en la literatura**

↓  
**8. El valor del precedente judicial climático entre la UE y otras experiencias jurídicas**

↓  
**9. Variables constitucionales nacionales que inciden en el uso del precedente climático**

↓  
**10. El litigio climático en el “*Sur del mundo*”: entre “reserva de ciencia”, “reserva de cultura” y “reserva de naturaleza” (*pro clima vs. pro natura?*)**

↓  
**11. La originalidad del contexto de la UE: la Carta de Niza, el artículo 6 del TUE y la definición normativa de los “DNSH”**

↓  
**12. La especificidad del litigio contra multinacionales**

↓  
**Conclusión: el juez climático como juez “naturalista”**





*Prólogo:*

*Tertium comparationis* factual  
fundamental ("elemento determinante")  
de la comparación(L.-J. Constantinesco):  
la emergencia climática



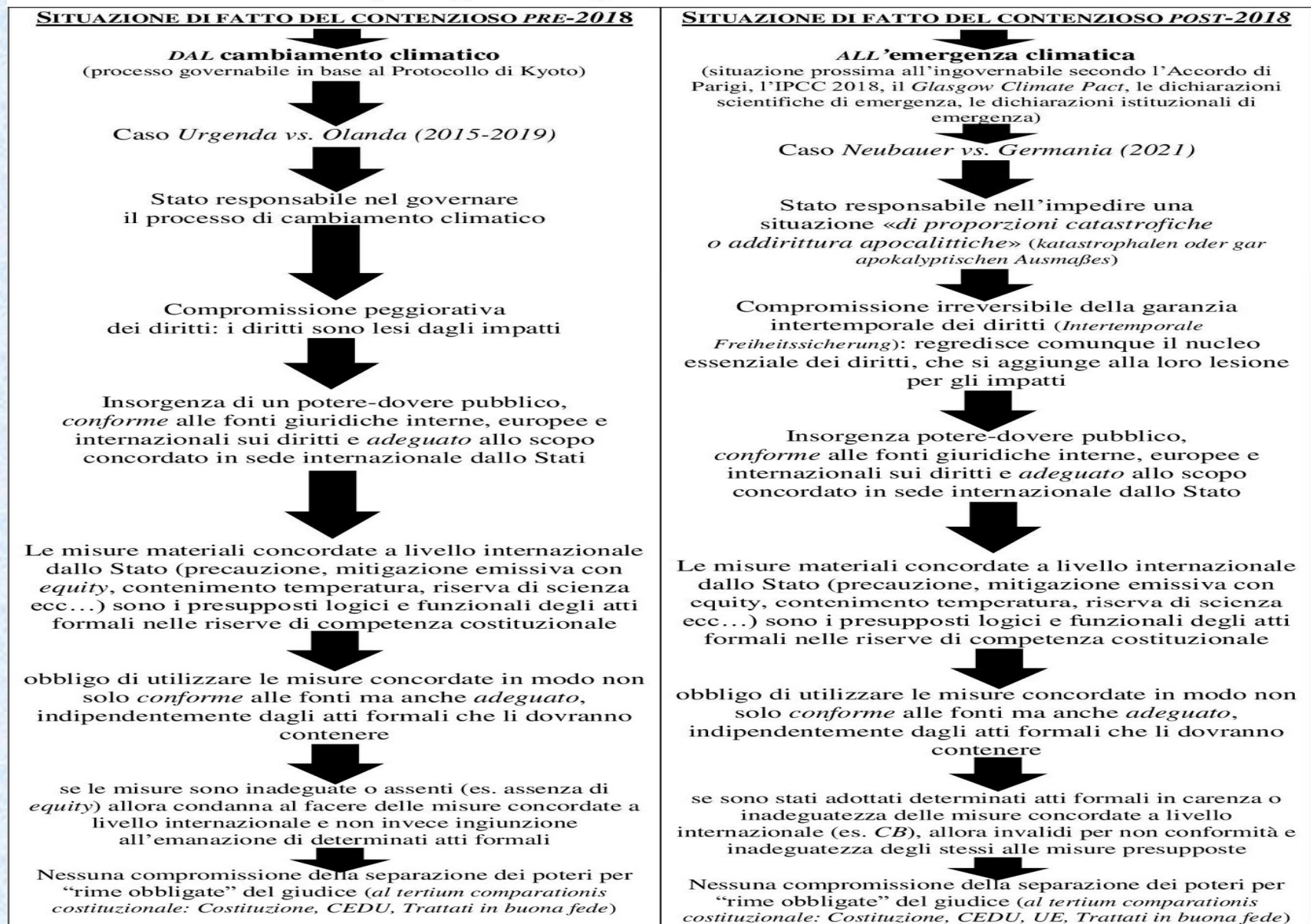
## Evolución del marco de los litigios climáticos en relación con la emergencia climática en general (1)

Prima stagione di casi (2007-2013)	Seconda stagione di casi (2013-2018)	Terza stagione di casi (2018 ad oggi)
Il contenzioso verso lo Stato ha per oggetto il cambiamento climatico come processo emissivo che attiva un "disturbo intollerabile" attuale su diritti personali o reali (c.d. <i>Climate Change Public Nuisance Litigations</i> )	Il contenzioso verso lo Stato ha per oggetto il cambiamento climatico come processo emissivo che "minaccia" il godimento attuale e futuro di diritti umani, presidiati da fonti costituzionali e internazionali di tutela come CEDU e CADH	Il contenzioso verso lo Stato ha per oggetto non il processo emissivo, ma la situazione di pericolo dell'emergenza climatica in quanto inedita minaccia esistenziale di conseguenze dannose irreversibili locali e planetarie sui diritti umani
Si sviluppa prima del 2015 e contraddistingue il contesto degli Stati Uniti <sup>77</sup> , grazie al ricorso a particolari meccanismi di accesso al giudice ( <i>Public Interest Litigations</i> ) e istituti di tutela ( <i>Nuisance Doctrine del Tort e Public Trust Doctrine</i> )	Si sviluppa a cavallo del 2015, soprattutto al di fuori del contesto degli Stati Uniti e anche in Europa <sup>78</sup> , per rivendicare in termini assiologici (attraverso gli argomenti <i>in dubio pro homine</i> , i "test di soglia" ecc.) i diritti umani come limite esterno alle decisioni climatiche	Si sviluppa dopo il 2015, soprattutto al di fuori del contesto degli Stati Uniti e anche in Europa <sup>79</sup> , utilizzando la disciplina della responsabilità extracontrattuale nelle situazioni di pericolo (responsabilità da fatto illecito, per danno da cosa custodita, per attività pericolosa)
Inquadra le situazioni soggettive dedotte in giudizio come sottoposizione involontaria al "disturbo" dell'attività	Inquadra le situazioni soggettive dedotte in giudizio come sottoposizione involontaria alla "minaccia" dell'attività	Inquadra le situazioni soggettive dedotte in giudizio come sottoposizione involontaria al "pericolo" della situazione
Assume come parametri normativi fonti solo di diritto interno statunitense (per es. <i>Class Action Law, Federal Tort Claims Act</i> )	Assume come parametri normativi fonti esterne che impongono obblighi con effetto indiretto su clausole generali di diritto interno	Assume come parametri normativi fonti di diritto interno integrate con fonti di diritto esterno, sovranazionali o internazionali
Può assumere come oggetto atti, ma attribuisce in ogni caso allo Stato un dovere di "regolazione" del rischio, attivando un sindacato sull'esercizio del potere	Può assumere come oggetto atti, ma attribuisce allo Stato un dovere di "protezione" da danni presenti e futuri, attivando un sindacato sull'esercizio del potere	Assume come oggetto il fatto emergenziale, per attribuire allo Stato il dovere di "rimozione" della situazione di pericolo indipendentemente dall'esercizio del potere
Opera come accertamento di omissioni statali parziali e giudizio sulle "opzioni possibili" di riduzione delle emissioni di gas serra in termini di regolazione del rischio rispetto al danno attuale subito di querelanti	Opera come accertamento di omissioni statali parziali e giudizio sulle "opzioni preferibili" di riduzione delle emissioni di gas serra, non in termini di regolazione del rischio, ma per la tutela dei diritti umani dei ricorrenti	Opera come accertamento di omissioni statali parziali e giudizio sulle "opzioni necessarie" di riduzione delle emissioni di gas serra, compatibili con le soglie di sicurezza e gli scenari climatici individuati dalla scienza per porre fine all'emergenza climatica
Non rivendica l'esistenza di particolari limiti esterni al potere	Rivendica i diritti umani come limite esterno al potere	Rivendica un doppio limite esterno al potere: diritti umani e soglie di sicurezza per la stabilità climatica
Ricorre alla scienza per definire la tollerabilità del "disturbo", ma non prende in considerazione le soglie di sicurezza indicate dall'art. 2 UNFCCC	Ricorre alla scienza per imputare le responsabilità e provare i danni, pur senza prendere in considerazione le soglie di sicurezza indicate dall'art. 2 UNFCCC	Ricorre alla scienza per accertare gli elementi del pericolo e delle soglie di sicurezza dell'art. 2 UNFCCC, secondo i mandati scientifici sulla loro quantificazione
Chiede al giudice di valutare la regolazione del rischio per condannare lo Stato a un <i>facere</i> conseguente	Chiede al giudice di valutare la conformità ai diritti per condannare lo Stato a un <i>facere</i> conseguente	Chiede al giudice di valutare l'adeguatezza delle soluzioni rispetto alla gravità dell'emergenza climatica, per condannare lo Stato a un <i>facere</i> conseguente
Riscontra frequenti rigetti delle domande di tutela, proprio in nome della discrezionalità del decisore pubblico nella gestione del rischio <sup>80</sup> .	Riscontra prevalentemente accoglimenti delle domande, in nome del primato dei diritti sul potere come limite invalicabile della discrezionalità <sup>81</sup> .	Riscontra prevalentemente accoglimenti, in nome dell'urgenza temporale e delle soglie di pericolo come limiti della discrezionalità <sup>82</sup> .



## Evolución del marco de los litigios climáticos en relación con la emergencia climática e la UE(2)

**Struttura nomologica della degenerazione dal cambiamento climatico all'emergenza climatica secondo il contenzioso climatico interno all'Unione europea, attraverso i casi paradigmatici "Urgenda vs. Olanda" e "Neubauer vs. Germania"**





## *Calificación de la emergencia climática desde el punto de vista*

**Geofísico** = surgimiento de puntos de inflexión del sistema climático (*tipping point*) productores de procesos e impactos irreversibles.

**Biofísico** = surgimiento de puntos de inflexión “existenciales”, es decir, de regresión de la calidad de vida en todas sus dimensiones de subsistencia cotidiana, debido al creciente sometimiento pasivo a las amenazas para la salud y a las limitaciones de la libertad (el llamado “*espacio existencial de riesgo*”).

Por tanto, la emergencia climática no es una situación pasajera, sino un escenario “*bad-to-worst*” físico y humano, determinado por el tiempo. Cuanto más tiempo pase, peor será el escenario. Por eso se denomina “*Endgame*”.

L. KEMP et al. *Climate Endgame. Exploring Catastrophic Climate Change Scenarios*, en PNAS, 2022 (trad. it., in *Ingegneria dell’Ambiente*, 9(3), 2022)

J. ROCKSTRÖM et al., *Safe and Just Earth System Boundaries*, in *Nature*, 2023

C. HUGGEL et al. *The existential risk space of climate change*, en *Climatic Change*, 2022

T.M. LENTON et al., *Quantifying the human cost of global warming*, in *Nature Sustainability*, 2023.



## La “*ecuación de Lenton et al.*”

El factor tiempo es el elemento constitutivo de la emergencia climática, ya que constituye la variable determinante en la producción de todos los puntos de inflexión (*tipping point*) de las esferas del sistema climático (tanto geofísicas como biofísicas es decir, también humanas). La referencia en la literatura científica es la denominada “*ecuación de Lenton et al.*” (*Climate tipping points- too risky to bet against*, en *Nature*, 2019-2020). Esta fórmula es la única que identifica las apuestas a las que deben parametrizarse todas las decisiones de mitigación y consiguiente adaptación, en los siguientes términos

$$\mathbf{E} = \mathbf{R}_{(p \times D)} \times \mathbf{U}_{(\tau/T)}.$$

La emergencia climática (**E**) viene dada por el riesgo (**R**), dictado a su vez por la probabilidad (**p**) de que se produzcan daños (**D**) irreversibles de todo el sistema climático (es decir, los *tipping point*), multiplicado (**X**) por la urgencia temporal (**U**), determinada por la relación entre el tiempo decidido por los responsables de las actividades peligrosas (responsables políticos, empresas, etc.) ( **$\tau$** ) y el “tiempo restante” (**T**) identificado científicamente para poner fin a la propia emergencia (¡tiempo calculado en sólo 10 años!)



## *The «Green Swan»*

La importancia de esta fórmula ha sido reconocida incluso por el **Banco Internacional de reglamentos** (*The green swan: central banking and financial stability in the age of climate change*, 2020), que la resumió como la “*tragedia del horizonte*” (es decir, el escaso tiempo disponible para evitar puntos de inflexión en el sistema climático planetario).

A la “*tragedia del horizonte*” también se refiere, incluso más recientemente, el **Informe McKinsey Sustainability Solving the net-zero equation: Nine requirements for a more orderly transition**, fechado el 27 de octubre de 2021, con el fin de resolver la llamada “*ecuación del cero neto*” entre emisiones y captura de carbono, señalando que hay que actuar ahora para evitar una acumulación y agravamiento incesantes de los riesgos geo- y bio-físicos en el futuro, difícil de conciliar con el objetivo “cero neto”.

Esto significa que **la urgencia de la mitigación no es negociable**, porque se prioriza termodinámicamente.



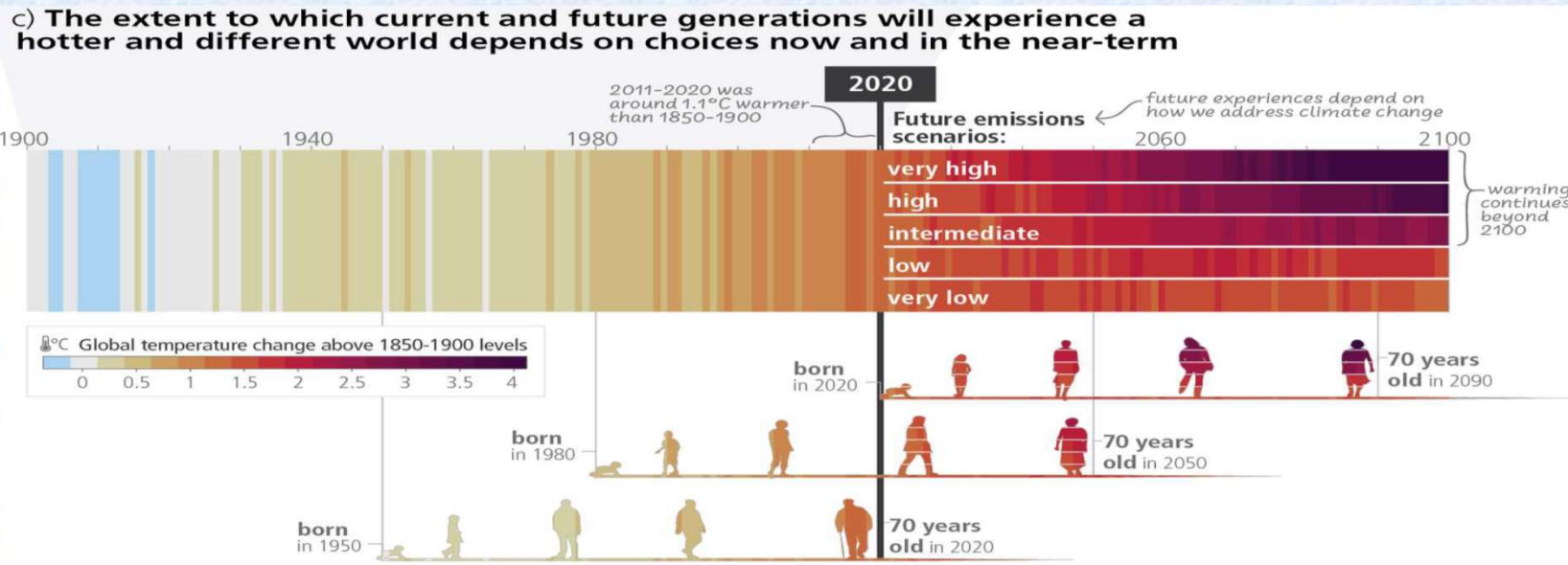
## «*Glasgow Climate Pact*» (COP 26 – 2021) y *AR6 IPCC 2021-2022*

Por estas razones, el reciente llamado “*Pacto Climático de Glasgow*” habla expresamente de “**urgencia**” y de una “*década crítica*”, reconociendo “*la importancia de la mejor ciencia disponible para una acción y una formulación de políticas climáticas eficaces*” y haciendo énfasis en “*la urgencia de aumentar la ambición y la acción en relación con la mitigación, la adaptación y la financiación en esta década crítica para abordar las brechas entre los esfuerzos actuales y las vías para alcanzar el objetivo último de la Convención y su objetivo global a largo plazo*”.

Por último, el **IPCC** en su “**Sexto Informe de Evaluación 2021-2022**” (*AR6*) confirmó la inevitabilidad de esta década crítica al hablar expresamente del **tiempo crucial** disponible para tomar decisiones efectivas y concluir así: “*a menos que se produzcan reducciones inmediatas, rápidas y a gran escala de las emisiones de gases de efecto invernadero, será inalcanzable limitar el calentamiento a alrededor de 1,5°C o incluso 2°C*”.



# La emergenza climática como « regresión irreversible » de la condición humana



Esta imagen del “**SYR IPCC 2023**” explica cómo la **condición humana de existencia** (es decir, su duración media de vida) está **retrocediendo irreversiblemente en relación con la escala de tiempo termodinámico del sistema Tierra**. Cabe señalar que la condición humana representada en la imagen es la **condición humana “normal”**, independientemente de la exposición a impactos traumáticos (ej. eventos extremos) o condiciones especiales de vulnerabilidad (ej. debilidades físicas, etc.): **cualquier ser humano se ve perjudicado**.



## La fórmula de la « regresión irreversible » de la condición humana (injusticia geopolítica)

es una situación paradójica e inédita: es injusta para cualquier ser humano, independientemente de las injusticias entre seres humanos. Esto significa que las injusticias entre los seres humanos no son la causa de la transición, sino un vector de multiplicación de las injusticias en la transición. La ausencia de una transición urgente será doblemente injusta: para todos los seres humanos y para los más vulnerables y discriminados entre los seres humanos.

La fórmula de Lenton puede completarse de la siguiente manera:

$$\mathbf{E} = \mathbf{R}_{(p \times D)} \times \mathbf{U}_{(\tau/T)} \times (\mathbf{I} \times \mathbf{P})$$

la emergencia es una multiplicación de los daños causados a la naturaleza y a los seres humanos, debido al poco tiempo disponible, multiplicado a su vez por el número de injusticias ya existentes entre los seres humanos (I a P). Se trata de un escenario dramático que nunca antes se había producido en la historia de la humanidad.



## La fórmula de la «regresión irreversible» de la condición humana (injusticia individual)

La regresión irreversible de la condición humana puede representarse con la llamada “**fórmula de Grabrielli**”, utilizada en medicina forense y ecología forense para indicar la aparición de daños biológicos precisamente irreversibles en la persona humana.

$$\text{Así se traduce: } D = C_1 - C_2$$

y explica que el **daño irreversible no es otra cosa que la diferencia entre las capacidades humanas de hoy frente a las de mañana, en el tiempo de existencia del ser humano, con respecto a la irreversibilidad de los procesos termodinámicos del sistema climático.** Una vez más, emerge la **ineludibilidad del factor tiempo y su carácter determinante de la emergencia climática.** De hecho, es evidente, a la luz de la “*fórmula Lenton*”, que la relación entre el momento de la toma de decisiones políticas sobre la emergencia climática ( $\tau$ ) y el momento de aparición de los “*tipping point*” debidos a la emergencia climática ( $T$ ), afecta a los daños a la persona humana. Por lo demás, en el seno de la UE, esta adquisición corresponde también al esquema de “*causalidad de los daños al medio ambiente y a la salud*” según la escansión “*fuentes-vía-receptor*” (cf. Comisión europea, *Document 52021XC0407(01)*, 2021), donde la “*fuentes*” son las emisiones que alteran el clima, la “*vía*” son las esferas del sistema climático desestabilizado, y el “*receptor*” es también la persona humana y no sólo los ecosistemas (conforme al **art. 1 n.1 CMNUCC “efectos nocivos”**).



## Carácter sin precedentes

### la emergencia climática en la experiencia jurídica humana

La fórmula de Lenton  $E = R \times U$  y la fórmula de Gabrielli  $D = C_1 - C_2$  describen el **carácter dramático de la diferencia total** de la emergencia climática con respecto a cualquier otra experiencia humana previa de emergencia, debida precisamente a su vector determinante **el tiempo “*bad-to-worst*”**. La **emergencia climática es “total”** (porque afecta en perspectiva “*bad-to-worst*” a las 5 esferas del sistema climático –atmósfera, litosfera, criosfera, hidrosfera, biosfera – ninguna excluida). **Todas las demás emergencias son siempre y sólo “parciales”** (es decir, sólo afectan a una “parte” de la realidad geofísica y biofísica del sistema terrestre). Esto significa que el factor tiempo también es “total”. **Ningún otro tipo de emergencia experimentada anteriormente por la experiencia humana, incluida la emergencia de Covid-19, estaba determinada por el tiempo “total” “*bad-to-worst*”, porque el vector determinante de cada emergencia anterior estaba formado por otros elementos:**

*el lugar* (emergencias medioambientales, donde  $E = R \times L$ )

*el contacto epidemiológico* (emergencias sanitarias, donde  $E = R \times P$ )

*el intercambio de bienes* (emergencias económicas, donde  $E = R \times B$ )

*acontecimientos fortuitos* (emergencias no antropogénicas, ej. terremotos donde  $E = E$ )



## ¿es posible la ponderación constitucional con este tipo de emergencia?

Lamentablemente, **no**.

Ponderar significaría “**perder el tiempo**”, es decir, imaginar que el “*bad-to-worst*” del sistema climático puede esperar a otros intereses humanos. Por tanto, sería una ponderación “suicida” (v. Tribunal Supremo del Estado de Hawái, Scot-22-0000418 Appeal Docket No. 2017-0122 13 de marzo de 2023).

La emergencia climática prevalece sobre todo, incluso cuando coexiste con otras emergencias (por ejemplo, económicas). Por eso se la ha llamado “**omnipresente**”. Esto abre importantes preguntas sobre la relación entre la emergencia climática y los derechos humanos.

Ante una emergencia que no se puede ponderar, ¿se pueden ponderar los derechos humanos como si viviéramos tiempos “normales”?



## ¿es posible una transición justa con este tipo de emergencia?

La respuesta es muy compleja precisamente porque la ponderación de intereses y derechos está en todo caso condicionada por el tiempo “*bad-to-worst*”. Todo depende del tiempo. Incluso la adaptación climática. **El deber “más justo” es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero porque son las emisiones (históricas y actuales de cada estado) el factor acelerador del “*bad-to-worst*”** (cf. A.M. Bauer et al., *Carbon Dioxide as a Risk Asset*, 2023).

Esta restricción (geofísica y biofísica para evitar “*tipping point*”) se explica con la **ecuación de adaptación climática dependiente de la emergencia:**

$$\mathbf{A} = \mathbf{R}_{(p \times D)} \times \mathbf{F}_{(e/E)} \times \mathbf{U}_{(\tau/T)}$$

La eficacia de la adaptación (**A**) depende del riesgo (identificado por el factor de la ecuación de emergencia climática  $\mathbf{R}_{(p \times D)}$ ) incrementado por el aumento del calentamiento global (Temperatura **F**), que a su vez depende de la relación entre las emisiones reducidas por la mitigación estatal nacional (**e**) y las emisiones concentradas por la responsabilidad histórica (**E**), en consideración de la urgencia (**U**) del “tiempo restante” de la emergencia climática para evitar los puntos de inflexión geo-físicos y bio-físicos.



## ¿se habla en estos términos de una transición justa?

**NO**

**En Europa**, la transición justa se considera un acto de ponderación entre los intereses primordialmente económicos e industriales del presente (la llamada “neutralidad tecnológica”).

**En América Latina**, la transición justa debe tener en cuenta las injusticias históricas y estructurales de las diferentes comunidades territoriales (como las comunidades indígenas: el caso «*comunidades indígenas Unión Hidalgo. EDF France*» Oaxaca - MX).

Al final, el tiempo “*bad-to-worst*” no se considera prioritario de todos modos, y esto produce una **paradoja “termodinámica”**: en nombre de las preocupaciones actuales (aunque legítimas), estamos sin embargo determinando el empeoramiento de las condiciones de vida de todos nosotros al **suscribir nuestro futuro “*bad-to-worst*”**.



## Las paradojas de la transición "justa": los litigios “anti-regulación”

Las cuestiones relacionadas con la transición climática (energética y/o ecológica) son objeto de litigios de dos tipos: "pro-regulación" y "anti-regulación". En los primeros, los demandantes acuden a los tribunales para influir positivamente en los objetivos, las políticas o actividades climáticas y de descarbonización. Por el contrario, los litigios "antirregulación" intentan limitar los avances logrados por las leyes y políticas favorables al clima, por razones de protección de grandes intereses económicos, frente a una legislación rigurosa (D. L. Markell, J. B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, en 64 *Florida L. Rev.*, 2012, J. Peel, H. Osofsky *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015). Ahora, esta crítica antirregulatoria es utilizada por las comunidades vulnerables (por ejemplo, las comunidades indígenas) para criticar las transiciones energéticas que no están equilibradas con las situaciones de los ecosistemas y las culturas territoriales. De este modo, la cuestión de la emergencia climática pasa a un segundo plano frente a la identidad cultural de los derechos.





1

**Qué se entiende por "litigio climático" y por qué se denomina "*litigation strategy*"?**



## Principal diferencia entre el litigio climático “estratégico” y el “normal”

**Se denominan “estratégicos”** los litigios que persiguen una “estrategia innovadora” de la relación entre:

- los poderes judiciales,
- la protección de los derechos humanos y fundamentales
- la eliminación de una negligencia pública (en forma de omisiones inconstitucionales, inercia administrativa, violación del *nemimen laedere*),
- verdad natural (es decir, no sólo demostrada por la ciencia, sino también por el conocimiento consolidado de ciertas “leyes de la naturaleza” – empezando por la termodinámica del planeta – sobre el sistema climático).

**Se califica “normal”** el litigio que discute sobre el clima sin que concurren las cuatro características anteriores (por ejemplo, un litigio sobre una autorización administrativa que no tenga en cuenta la nocividad de la “*quema de gas*” – *gas flaring*)



## Por qué «Strategy»

<https://www.openglobalrights.org/thinking-strategically-about-climate-litigation/?lang=Spanish>

El litigio climático es fisiológicamente estratégico por su contenido y sus objetivos, que no son unidimensionales (los intereses de los demandantes) sino multidimensionales (los intereses de todos los sujetos que pueden identificarse con los demandantes: ciudadanos, menores, asociaciones, otros seres vivos, etc.). Por ello, el litigio climático se ha definido como un instrumento de "populismo constitucional", es decir, de afirmación del "estatus climático" de cualquier sujeto constitucional (ya que todos dependemos del sistema climático y de su estabilidad).

Cfr. Hilson, *Law, courts and populism: climate change litigation and the narrative turn*, in Sterett, Walker, *Research Handbook on Law and Courts*, Edward Elgar, 2019.



## Por qué «*Litigation*»

Toda la "*Litigation Strategy*" realiza una forma de colaboración "diárquica" entre el poder judicial y los demás poderes (legislativo y ejecutivo) [véase A. Pisanò, *Crisi della legge e Litigation Strategy*, Milano, 2016].

Como es sabido, la posibilidad de que el Estado constitucional de derecho "degenere" en un estado jurisdiccional no depende de la actitud activa de los Tribunales, sino de la actitud pasiva del Parlamento. De hecho, en ausencia de una integración legislativa sistémica de los problemas de la realidad fáctica - especialmente en situaciones de peligro - negar el momento judicial significaría negar la protección de los mismos derechos.

Por lo tanto, la "estrategia" funciona como un instrumento de solicitud democrática (es decir, que viene de abajo) para tomar decisiones frente a situaciones de peligro que amenazan los propios derechos humanos. Esto explica tres características recurrentes de todas las "*Litigation Strategies*":

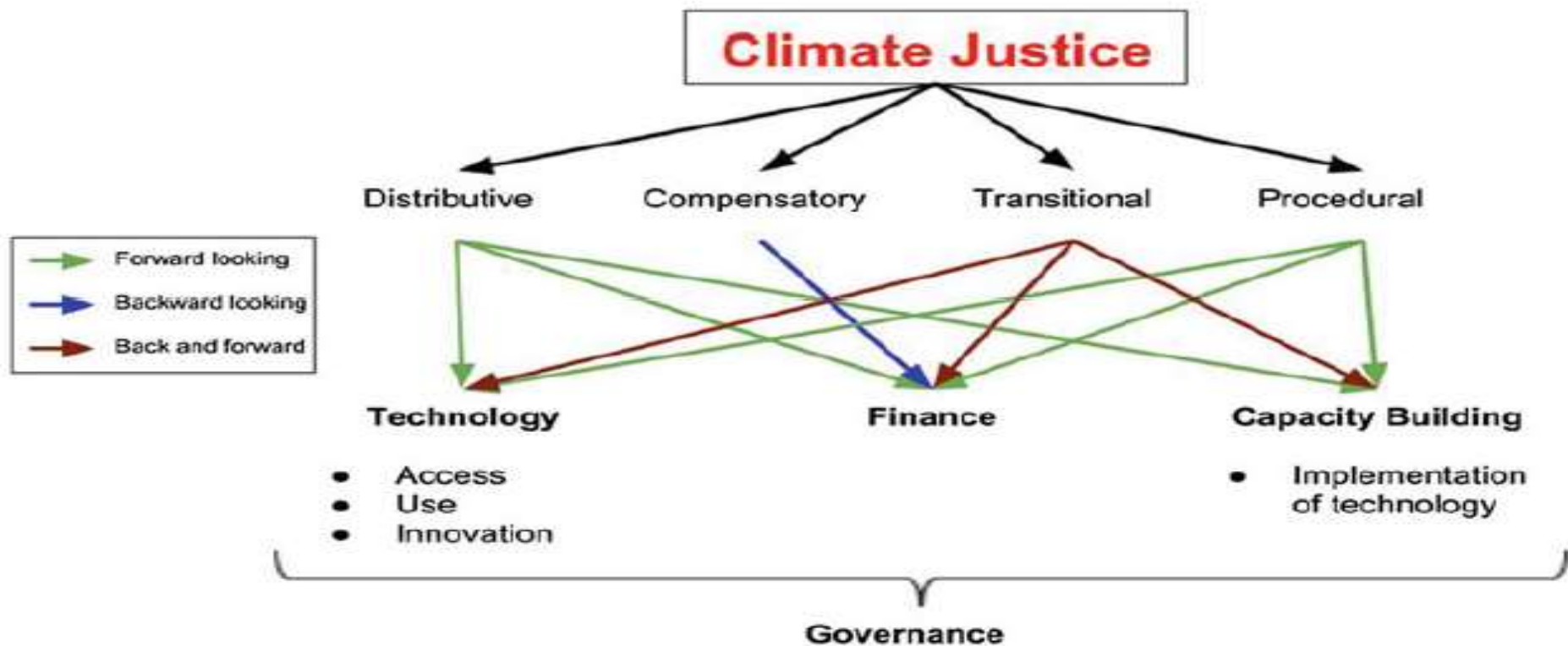
- por qué se practican predominantemente precisamente dentro de sistemas de gobierno fundados, sin embargo, en la legitimación democrática de las opciones políticas;
- por qué el objeto de la acción procesal es la "*noluntas decidendi*" del poder (público o privado) (una conducta "insuficiente", no un acto en sí mismo);
- por qué todas las acciones "estratégicas" tienen un contenido "correctivo" (corregir la conducta no simplemente cancelar un acto).



## ¿Qué (idea de) justicia "climática"?

Por este motivo, los litigios climáticos persiguen una "estrategia" de justicia similar a la "transicional", es decir, de promoción de la "verdad" (científica sobre los problemas climáticos) para una transición "justa" (de consecución de la estabilidad climática): es (tendencialmente) un litigio de "verdad y justicia" frente a la "*noluntas decidendi*"

Fonte: Mechler et al. (eds.), *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management, Policy and Governance*, Cham, Springer, 2019





# ¿Es una justicia "positivizada"?

Ciertamente que sí,  
precisamente en el sentido "kelseniano" (Kelsen, *Il problema della giustizia* (1960), trad. it. Torino, Einaudi, 2000) de "positivización de la justicia". Las fuentes de esta "justicia climática transicional" son la CMNUCC y, ahora, el Acuerdo de París, en las partes en las que se habla de "*Equity*", de "*beneficio para las generaciones presentes y futuras*", de equidad intergeneracional, de derechos humanos, de enfoque holístico, de eliminación definitiva para el futuro de las "*interferencias humanas peligrosas*" sobre el clima.

Kelsen señala que todas las ideas de justicia - excepto la de caridad - se refieren a órdenes de valores y preferencias cuya existencia es presupuesta y aceptada por quienes utilizan el criterio. Las fuentes del derecho climático "plantean" todos los criterios jurídicos de "valores" y "preferencias" para promover la "transición" climática.



## **¿Cuáles son las características de las fuentes del "derecho climático"?** **Es un sistema normativo "material"**

En primer lugar, la CMNUCC es una fuente con doble contenido: de producción directa de la obligación climática y sobre la producción de otras fuentes complementarias y de actualización de los contenidos de la obligación climática. Por este contenido, es una fuente "especial" para la materia (cambio climático y estabilización del clima, no "medio ambiente") y para el sistema normativo relativo a dicha materia (es suficiente leer los artículos 1,2, 3 y 4 de la CMNUCC y los artículos 2, 3, 4 del Acuerdo de París, para tener la confirmación).

En segundo lugar, la CMNUCC integra su contenido normativo "hacia fuera", es decir, con una "remisión" explícita a la ciencia (una remisión confirmada por el Acuerdo de París). Así, la ciencia se convierte en una "fuente jurídica integradora" de la obligación climática (el término utilizado es "reserva de ciencia").

En tercer lugar, esta integración científica es inevitablemente de naturaleza "material", no formal. En otras palabras, respetar la ciencia significa "adaptar" las acciones a las "evaluaciones materiales" de la ciencia (en cuanto al control del calentamiento global, el plazo de estabilización del sistema climático, etc.).

Estas tres características explican el carácter "estratégico" (y "transicional") de las conductas relacionadas con el cambio climático, incluidas las acciones judiciales.



## Y un sistema normativo "cerrado"

Más específicamente, la relación jurídica entre la conducta y la norma climática no es formal (acto frente a norma) sino material (acción frente a contenido "material" de la norma). No es casualidad que la CMNUCC hable de "*policies*" y "*measures*" (palabras que, en inglés, significan "acciones materiales" y no sólo "actos formales").

Esto implica que las evaluaciones de la nocividad material de una acción, incluso desde el punto de vista de la validez formal y la conformidad, se traducen siempre en una evaluación de la "adecuación" material (basada en la ciencia) de los contenidos con respecto a la situación de peligro del cambio climático.

Desde esta perspectiva, el sistema de regulación "climática" resulta ser un sistema "cerrado" y "especial" en comparación con cualquier otro sistema de regulación (incluidos otros sistemas de regulación medioambiental).

Este enfoque de la CMNUCC excluye todo juicio basado en criterios distintos de los que el sistema de fuentes "climáticas" ha establecido para garantizar su propia coherencia interna.

Los argumentos "no climáticos" (es decir, no relacionados con el sistema de fuentes climáticas) son argumentos sin base legal.

**¿Son admisibles los sistemas normativos "materiales" y "cerrados"?**

**Sí, por ejemplo, el CEDH (pero también el CIDH)**



## Ejemplos del CEDH (1)

### (en ámbitos no específicos del "clima", sino en general del medio ambiente)

A partir de los casos *López Ostra contra España* (sentencia de 6 de diciembre de 1994) y *Guerra y otros contra Italia* (sentencia de 19 de febrero de 1998), se reconoce un derecho inviolable a un medio ambiente sano, libre de contaminación y respetuoso con la salud.

Con estos pronunciamientos, se afirma la existencia de una obligación positiva por parte del Estado, que ya no sólo está obligado a adoptar medidas "adecuadas" para cesar o reducir la contaminación, sino también a proporcionar a la población afectada soluciones "materiales" e "información" relativa a los "graves riesgos" a los que está expuesta (como una responsabilidad extracontractual).

Posteriormente, en el caso *Öneryildiz contra Turquía* (sentencia de la Gran Sala de 20 de noviembre de 2004), el Tribunal de Estrasburgo utiliza el artículo 2 del CEDH para afirmar que la protección del derecho a la vida en relación con una situación de peligro (como la contaminación ambiental) produce una obligación positiva del Estado de adoptar "todas las medidas necesarias para proteger la vida de las personas sometidas a su jurisdicción".

Además, según el Tribunal europeo de DH, "esta obligación debe interpretarse en el sentido de que se aplica a todas las actividades, públicas o no, que puedan constituir un peligro para el derecho a la vida".

Por lo tanto, el derecho veinte del CEDH admite una obligación positiva y "material", no meramente "formal", igual que el derecho climático.



## Ejemplos del CEDH (2) (en ámbitos no específicos del "clima", sino en general del medio ambiente)



Con la sentencia *Fadeyeva contra Rusia* (9 de junio de 2005) se da un paso crucial: existe la obligación no sólo de "*mitigar los riesgos*" sino también de "*dar una solución efectiva*" a las situaciones de peligro, admitiendo así la entrada, en la argumentación en apoyo de la revisión judicial, de criterios también "externos" (principalmente científicos), incluso cuando el sistema normativo no prevé estos criterios.

En *Cordella y otros contra Italia* (24 de enero de 2019), se argumenta esta necesidad de criterios "externos" de acuerdo con los cánones de la lógica "consecuencialista" (los jueces deben considerar las "consecuencias materiales" de la conducta sometida a juicio, no sólo su conformidad formal).

Por tanto, los criterios científicos externos son necesarios para las "consecuencias", aunque no estén previstas por la ley. Pero aún más son "obligatorios", si se hacen explícitos (como en el dercho climático).



## El "consecuencialismo" y la división de poderes

Además, el Tribunal, siempre en la sentencia "*Cordella*", deja claro que no le corresponde determinar con precisión las medidas que deberían haberse adoptadas, sino que tiene el deber (y poder) de "*constatar*" si una autoridad no ha adoptado las "*medidas necesarias*" para garantizar la protección "*efectiva*" (y "*adecuada*") del derecho al respeto de la vida privada (lo que constituye una violación del artículo 8 del Convenio).

Así, la adecuación sustantiva de la protección se extiende a la de la protección "*necesariamente efectiva*" bajo criterios "*externos*" a la norma jurídica.



## Conclusión

Por lo tanto, al menos en el contexto europeo (pero también en el interamericano, como se verá más adelante) es admisible adoptar un enfoque que tiende a considerar los conflictos entre conductas y normas como conflictos no meramente formales, sino materiales:

- considerando el conflicto material desde la perspectiva de la integración de "criterios externos" al sistema normativo (incluso cuando no hay una referencia explícita de las normas a dichos criterios externos);
- y tomando tales "criterios externos" no como axiológicos sino como científicos (en el sentido de la "subsidiariedad científica" de la norma jurídica de conducta)

Si esto es cierto para todas las obligaciones positivas (estatales y no estatales), no puede dejar de serlo para la obligación climática, cuyo sistema normativo "especial" contiene una referencia explícita al criterio material externo de adecuación basada en la ciencia.

Además, este perfil está confirmado de forma general también por la legislación de la UE (piénsese en el principio de integración, según el cual "*un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad deben integrarse en las políticas de la Unión y garantizarse de acuerdo con el principio de desarrollo sostenible*").

Veremos que esto se explicita ahora en varios Reglamentos de derecho climático de la UE (concretamente los nº 2018/842; 2018/1999; 2020/852; 2021/241, 2021/1119) y en la disposición normativa de "adecuación material basada en la ciencia" de los llamados *DNSH (Do No Significant Harm)*: legitimación normativa europea de los "criterios externos" basados en la ciencia en el sistema normativo específico del clima





2

**Cuándo y dónde surgen las "*climate change litigation strategies*" y el marco geopolítico de su incremento exponencial en comparación con la matriz de "*Common Law*"?**



## Los dos "momentos constitucionales" fundacionales del litigio climático

El litigio climático se inició en Estados Unidos a finales de la década de 1980 y principios de los 90. Desde entonces, este tipo de litigio se ha extendido a otros países y ha adquirido interés, especialmente como consecuencia de dos "*momentos constitucionales*" sobre el clima (en el sentido de Bruce Ackerman de "pasajes críticos" de un sistema fáctico y normativo):

1. después del fracaso de las negociaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de Copenhague en 2009 (COP 15) (cuando activistas utilizaron el pleito judicial como mecanismo para combatir la falta de acción climática global).
2. en 2015, con el Acuerdo de París, la decisión de la CMNUCC 1/CP21 (que declara el cambio climático como una "*amenaza urgente y potencialmente irreversible*", y el mandato de los Estados al IPCC para que elabore un "*Informe Especial*" sobre la "adecuación" de las obligaciones a las temperaturas de +1,5°C (en comparación con el escenario de + 2°C) para mejorar la estabilización climática del planeta (con una "oficialización" planetaria de la adecuación científica por todos los Estados, incluidos los Estados Unidos y China).

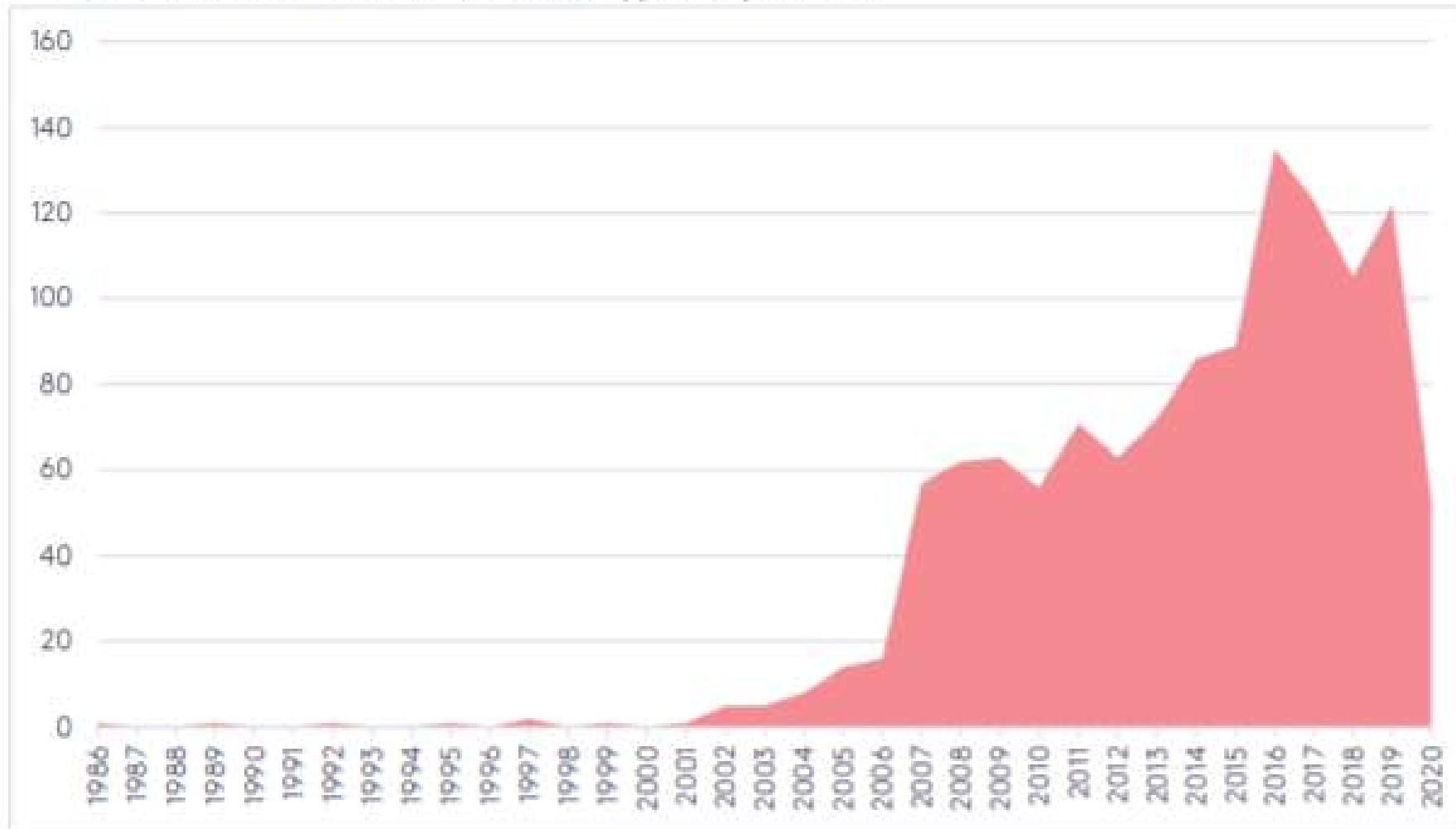


# Aumento de los "casos judiciales" en EE.UU.

(fuente: Sabin Center Columbia University)

Figure 1.1. Climate change litigation, 1986–May 2020

a) Cases in the United States (all types of plaintiff)

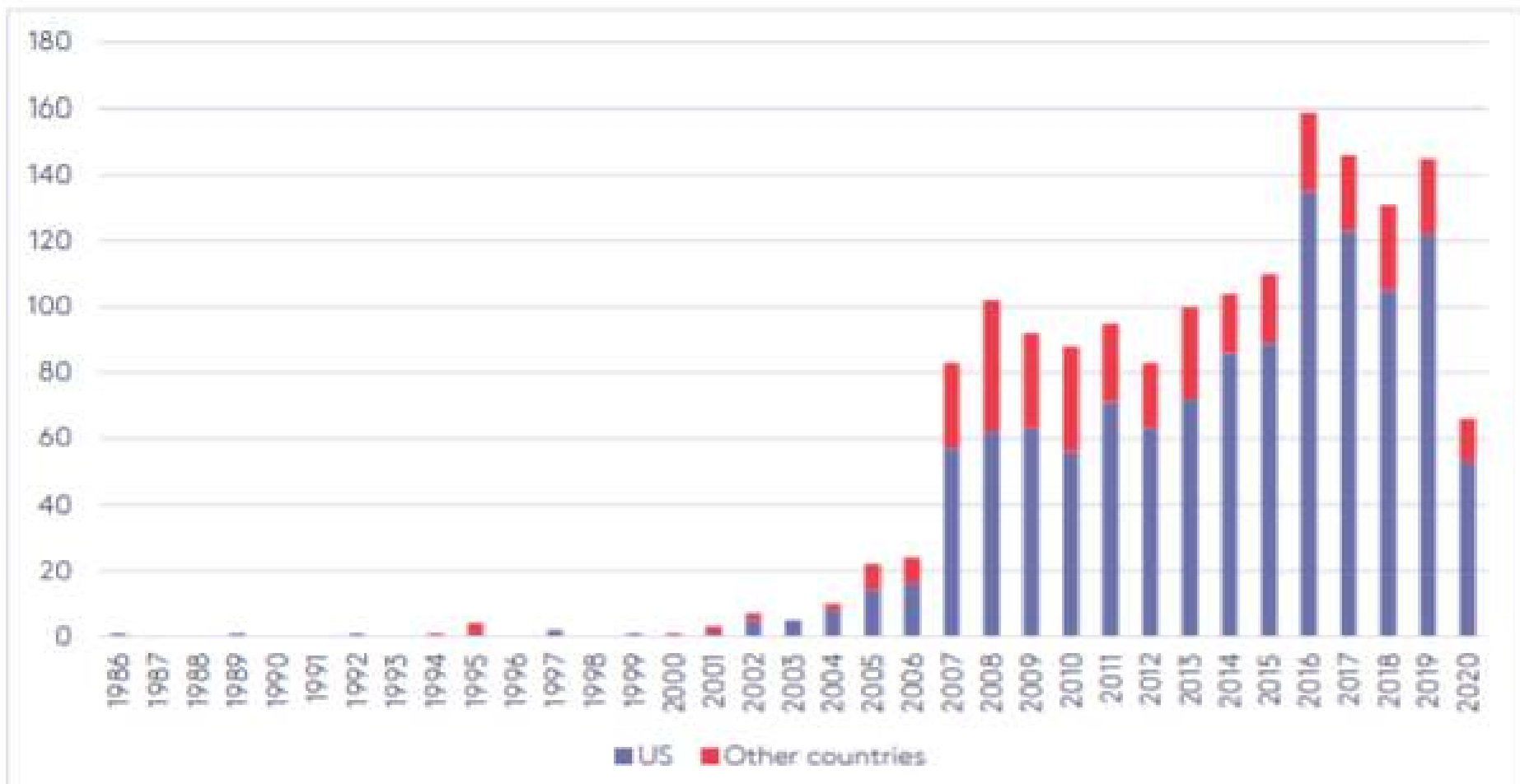




# Distribución entre el contexto originario de EE.UU. y otros contextos

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

c) Total global cases over time, United States and other countries, 1986–May 2020





## Los dos "momentos constitucionales" y el "*Rights Turn*»

En 2018, Jacqueline Peel y Hari Osofsky identificaron un "*Rights Turn*" en los litigios climáticos, especialmente después del "*Informe Especial*" del IPCC de 2018.

En los nuevos litigios (2018-2020), más de dos tercios (54 de 85) se basan en la protección primordial de los derechos humanos frente a la "insuficiencia" material de la acción contra el cambio climático.

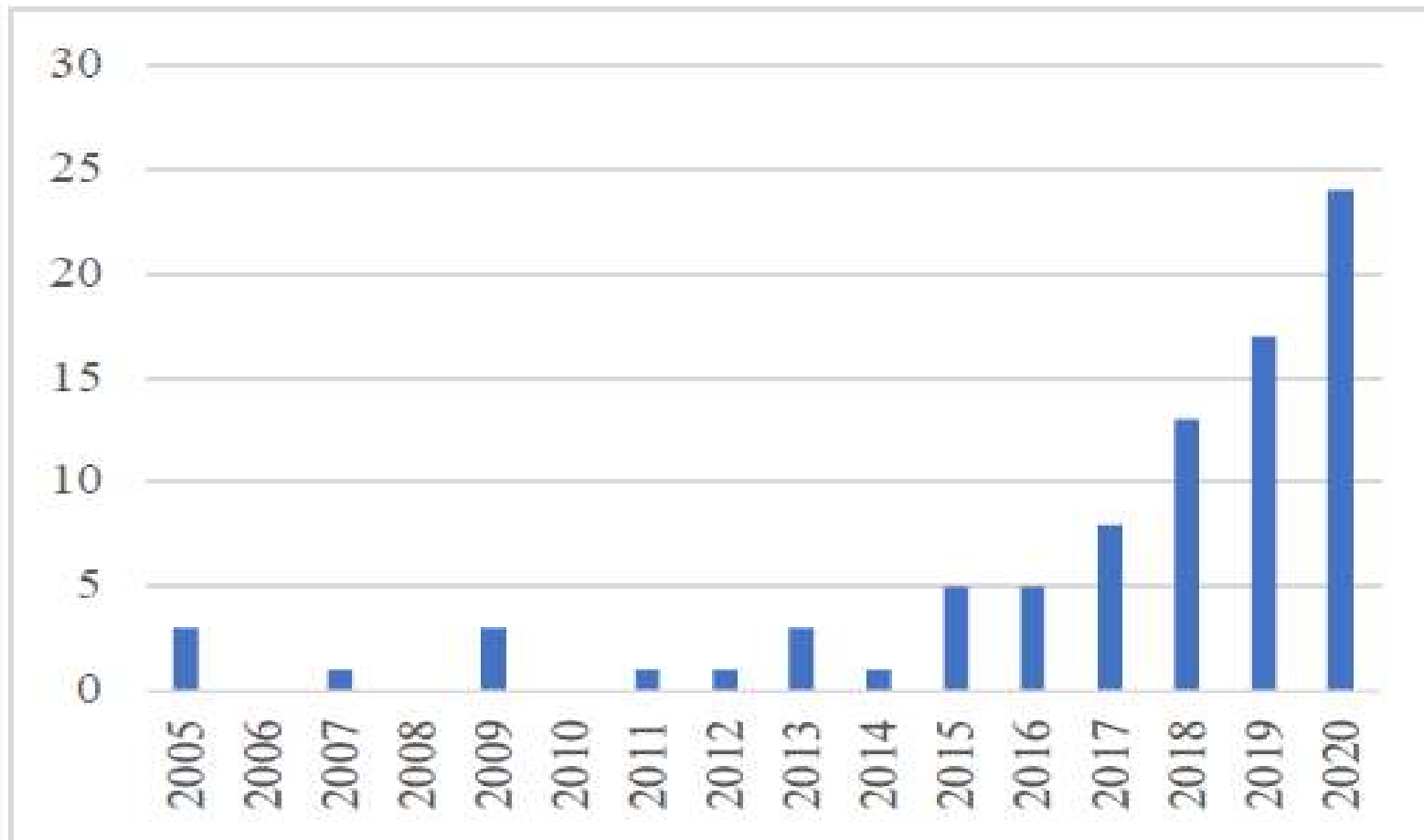
En estos nuevos litigios:

- se discuten las acciones (principalmente la mitigación del clima), no los actos individuales;
- las discusiones no se argumentan sobre la conformidad formal de los actos, sino sobre su "adecuación" según criterios externos a las normas, de contenido científico y legitimados por el sistema normativo climático (incluyendo explícitamente al IPCC).



## Surgimiento de litigios, centrados en el respeto de los derechos humanos

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

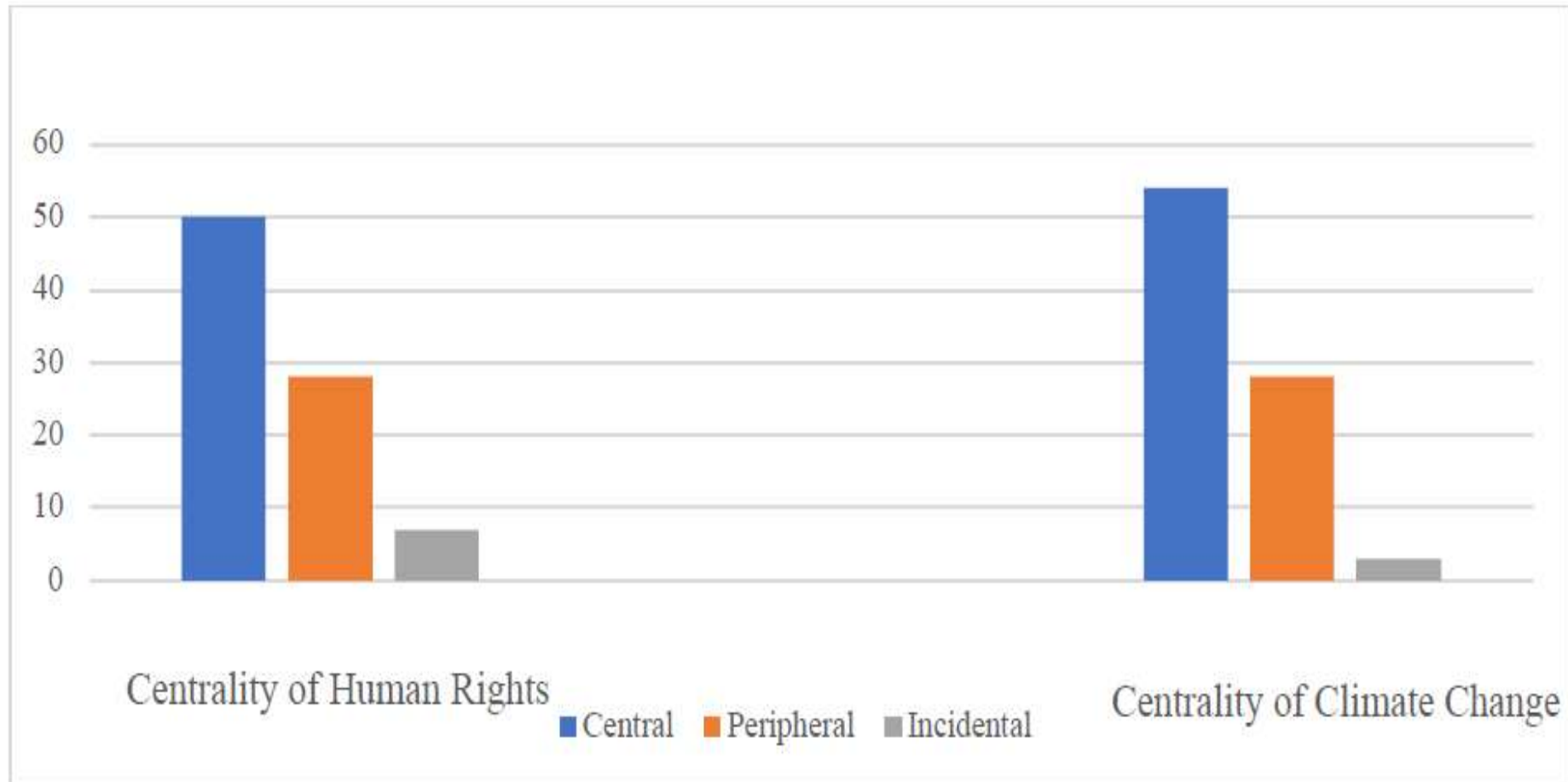


**Figure 2: Chronological distribution of rights-based climate cases**



# Grado de centralidad del tema de DH

Fuente: Savaresi, Setzer, *cit.*



**Figure 4. Degree of centrality of climate change and human rights in rights-based climate litigation**



## Consecuencias en la clasificación comparativa

Pero, el "*Rights Turn*" favoreció tres consecuencias:

- enmarcar como "estratégicos" todos los argumentos sobre los derechos humanos, el medio ambiente y el clima
- independientemente de la diferencia sustantiva entre el sistema normativo climático (cerrado, material y basado en la ciencia) y otros sistemas normativos, utilizados como parámetro de validez del juicio.

De este modo, el cálculo de los litigios ha aumentado de forma desproporcionada.

De acuerdo con la base de datos del "*Sabin Center for Climate Change Law* (el cual monitorea litigios climáticos de la jurisdicción estadounidense) y del "*Climate Change Laws of the World*" (que recoge datos en todo el mundo), de 1986 a 2020 ha habido 1.727 casos de litigios climáticos a nivel global.

Este número incluye litigios de jurisdicciones estatales, al igual que los litigios presentados en la jurisdicción de instituciones internacionales o regionales, tales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el TEDH.



# Panorama por países hasta 2020

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

**Table 1.1. Number of cases identified by jurisdiction, 1986 to May 2020**

Argentina	1	Australia	98	Austria	2
Belgium	1	Brazil	6	Canada	22
Chile	2	Colombia	2	Czech Republic	1
Ecuador	1	Estonia	1	European Union	57
France	11	Germany	6	International Court of Justice	1
India	9	Indonesia	1	Inter-American Court and Commission on Human Rights	3
Ireland	4	Japan	3	Kenya	1
Luxembourg	1	Mexico	1	Netherlands	2
New Zealand	18	Nigeria	1	Norway	1
OECD	6	Pakistan	4	Peru	1
Philippines	2	Poland	3	South Korea	1
South Africa	4	Spain	13	Sweden	1
Switzerland	2	Uganda	1	Ukraine	2
UN Committee on the Rights of the Child	1	UN Human Rights Committee	2	UN Framework Convention on Climate Change	10
United Kingdom	62	UN Special Rapporteurs	2	United States	1,213

*Geographical distribution of 1,587 cases worldwide (374 cases outside the United States)*



## La cifra está confirmada por el PNUMA

Los litigios climáticos se han multiplicado en todo el mundo por un 70%, según las cifras del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

En 2017 se contaban 884 casos (pendientes y concluidos) en 24 países del mundo y, en 2020, la cifra ascendió hasta las 1.550 demandas ecologistas en 38 países diferentes.

(fuente: <https://www.unep.org/es/resources/informe/informe-mundial-sobre-litigios-climaticos-revision-global-2020>)



## Tercera consecuencia de esta clasificación "genérica"

Estados Unidos es, con diferencia, el país con más litigios climáticos del mundo.

De los 1.727 casos de litigios que mencionados anteriormente, alrededor del 75% se presentaron en este país. Pero no es necesariamente sencillo ganar un litigio climático en Estados Unidos, con referencia directa al sistema normativo climático.

Las jurisdicciones que facilitan una resolución favorable combinan una serie de factores, incluyendo que exista una Constitución y leyes que reconozcan protección ante el cambio climático y que se respete el derecho al acceso a la justicia.



## ¿Centralidad en la regulación de los derechos o en la regulación del riesgo de las emisiones de gases de efecto invernadero?

Sin embargo, el énfasis en los derechos humanos en la calificación de los litigios climáticos puede llevar a subestimar otro elemento definitorio del sistema normativo climático: la regulación del riesgo. La centralidad de esta regulación se formaliza en el artículo 3(n. 3) de la CMNUCC. Como señaló Hilson (*Climate Change Litigation: A Social Movement Perspective*, 2010), el problema del calentamiento global y del cambio climático es planetario y constituye un riesgo global. No puede reducirse a las reivindicaciones individuales, ya que éstas podrían crear expectativas de protección individual con efectos paradójicos a nivel planetario (según la lógica perversa "*mors tua vita mea*"). Por ello, la CMNUCC ha introducido el criterio de la "*Equity*". Y la "*Equity*" es un mecanismo de ajuste del riesgo en todas las decisiones sobre el cambio climático.

Por lo tanto, un litigio climático debería ser ante todo considerado como disputa sobre la regulación del riesgo planetario y no sobre la protección de los derechos de ciertos elementos individuales de la familia humana.





3

**El juez como "regulador del riesgo" y los tres puntos de inflexión en la regulación del riesgo climático: el Acuerdo de París de 2015; el "*Informe especial*" del IPCC de 2018; la "emergencia climática" de 2020**



## El carácter "único y especial" del riesgo climático

El riesgo climático no es comparable a ningún otro riesgo. La CMNUCC lo califica de "*preocupación común de la humanidad*" y de riesgo "*mundial*". Por lo tanto, es un riesgo "especial" por sus efectos planetarios.

El carácter "especial" lo ha adquirido definitivamente la ciencia mundial con la identificación de los "límites planetarios" de la sostenibilidad (los "*Planetary Boundaries*") (véase: <https://globaiaia.org/planetaryemergency>).

Su incomparabilidad con cualquier otro riesgo se ha formalizado mediante la fórmula matemática de la emergencia climática:  $E = R \times U$ .



## Consecuencias de las incomparabilidades (1a)

### **Superación de la dicotomía "*falso positivo*"/"*falso negativo*" en las decisiones sobre el riesgo.**

Cualquier decisión sobre el riesgo opera siempre dentro de la dicotomía de la evaluación como "falsa" con respecto a la realidad y su conocimiento científico. Más en detalle, en todos los casos judiciales sobre el riesgo en situaciones de peligro, el juez opera como regulador de la evaluación del riesgo basado alternativamente o en un juicio de cumplimiento formal de una fuente o en un juicio de evaluación "fuera del derecho" para calificar el riesgo.

De esta alternativa se deriva la dicotomía "falso positivo" (considerar arriesgada una conducta que la norma jurídica no califica como tal) y "falso negativo" (considerar no arriesgada una conducta formalmente válida aunque sea criticada por la ciencia, como en el caso de las autorizaciones administrativas de infraestructuras fósiles).

Dentro esta dicotomía se encuentran los argumentos judiciales de la "*Political Question*", como de la incuestionabilidad de la discrecionalidad técnica, y de la presunción de legalidad ambiental.



## Consecuencias de las incomparabilidades (1b)

Pero, el riesgo climático no es "falso", porque está "calificado normativamente" por la CMNUCC como una "preocupación" mundial de la humanidad.

En consecuencia, la hipótesis de los opuestos argumentales "falso positivo"/"falso negativo" fracasa, porque es la norma la que identifica lo "*absolutamente en juego*" de cualquier decisión (véase el art. 2 de la CMNUCC).

También desde esta perspectiva, el juicio de "conformidad" a la fuente climática coincide con el juicio de "adecuación" de las soluciones a la situación de peligro, según los "criterios externos" de la ciencia del riesgo climático (las distintas ramas de la climatología).

El juicio climático es un juicio de "seguridad jurídica" sobre el riesgo, no una discusión sobre las posibilidades de "falsedad" del riesgo.



## Consecuencias de las incomparabilidades (2)

La certeza del riesgo es una certeza científica que complementa la certeza de las normas jurídicas de conducta sobre el riesgo (véase el artículo 3 de la CMNUCC).

La relación entre la certeza científica del riesgo y la seguridad de la regulación del riesgo fue formalizada por la Decisión 1/CP.21 de la CMNUCC de 2015 y el Acuerdo de París.

Además, el Acuerdo de París complementó la certeza del riesgo con el factor "tiempo", es decir, con la seguridad jurídica del calendario de regulación del riesgo (neutralización de las emisiones de gases de efecto invernadero a mediados de siglo para la estabilización de la temperatura global en 2100 "muy por debajo de 2°C y mejor a 1,5°C").

Pero la probabilidad de que el tiempo de ajuste del riesgo no esté centrado ha determinado la emergencia climática, entendida como una emergencia "temporal" (la llamada "tragedia del horizonte").



## Por esto, la elaboración de la fórmula $E = R \times U$ (1)

En definitiva, la decisión sobre el riesgo climático es ahora una decisión temporalmente condicionada (por la urgencia) y temporalmente limitada (para 2050). Esta situación es completamente diferente a cualquier otra experiencia jurídica de decisiones sobre el riesgo.

De hecho, una situación de "emergencia" deducida en el proceso puede referirse a 4 tipos de emergencia

- ***ambiental-nuclear***, donde  $E = R \times L$  (se trata de un riesgo antropogénico, medible y previsible en una determinada matriz de riesgo localizada, por tanto, como problema de relación jurídica sobre un lugar)
- ***sanitario-pandémica***, donde  $E = R \times P$  (se trata de un riesgo antropogénico -como una zoonosis o un laboratorio -, medible y previsible en las relaciones entre personas y, por tanto, como problema de relación jurídica entre sujetos)
- ***económica***, donde  $E = R \times B$  (es decir, la emergencia depende exclusivamente de los intercambios de bienes y servicios en el mercado)
- ***telúrica*** (por ejemplo, un terremoto), donde  $E = Ev$  (no se trata de un riesgo, sino de un acontecimiento en sí mismo, no antropogénico, no predecible, no medible, por tanto, independiente de cualquier relación jurídica)



## Por esto, la elaboración de la fórmula $E = R \times U$ (2)

La emergencia climática no es ninguna de esas cosas.

En la **emergencia climática**  $E = R \times U$  (no es un evento en sí mismo, sino un proceso degenerativo antropogénico de la variable temporal  $U$  por lo que la relación jurídica problemática es con el tiempo, no con los lugares o sujetos).

De hecho,  $E = R \times U$  significa que la variable "necesaria" (= indisponible) de la decisión de riesgo es el poco tiempo para evitar:

- un riesgo cuantitativo (con el tiempo aumenta la irreversibilidad-aumento acelerado de los puntos de inflexión: véase la fórmula de "aceleración del antropoceno" de Will Steffen)
- un riesgo cualitativo (con el tiempo aumenta la inteconexión-decidir sobre grandes cuestiones interconectadas, de acuerdo con la fórmula "tragedia del horizonte" descrita por B.I.S.)
- un riesgo de contenido (con el tiempo aumenta la dificultad de lograr ventajas globales-decidir sólo la ventaja propia en lugar de los "beneficios globales": el llamado problema de la "*Equity*" en la CMNUCC y la equidad intergeneracional, discutido en la *BVerfGE* del 24.03.21).

véase: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-019-03595-0/d41586-019-03595-0.pdf>





## 4

**Del litigio "climático" localizado al litigio "energético" planetario: la entrada del parámetro de la "*Equity*" en la argumentación judicial**



## El litigio climático como conflicto sobre el tiempo

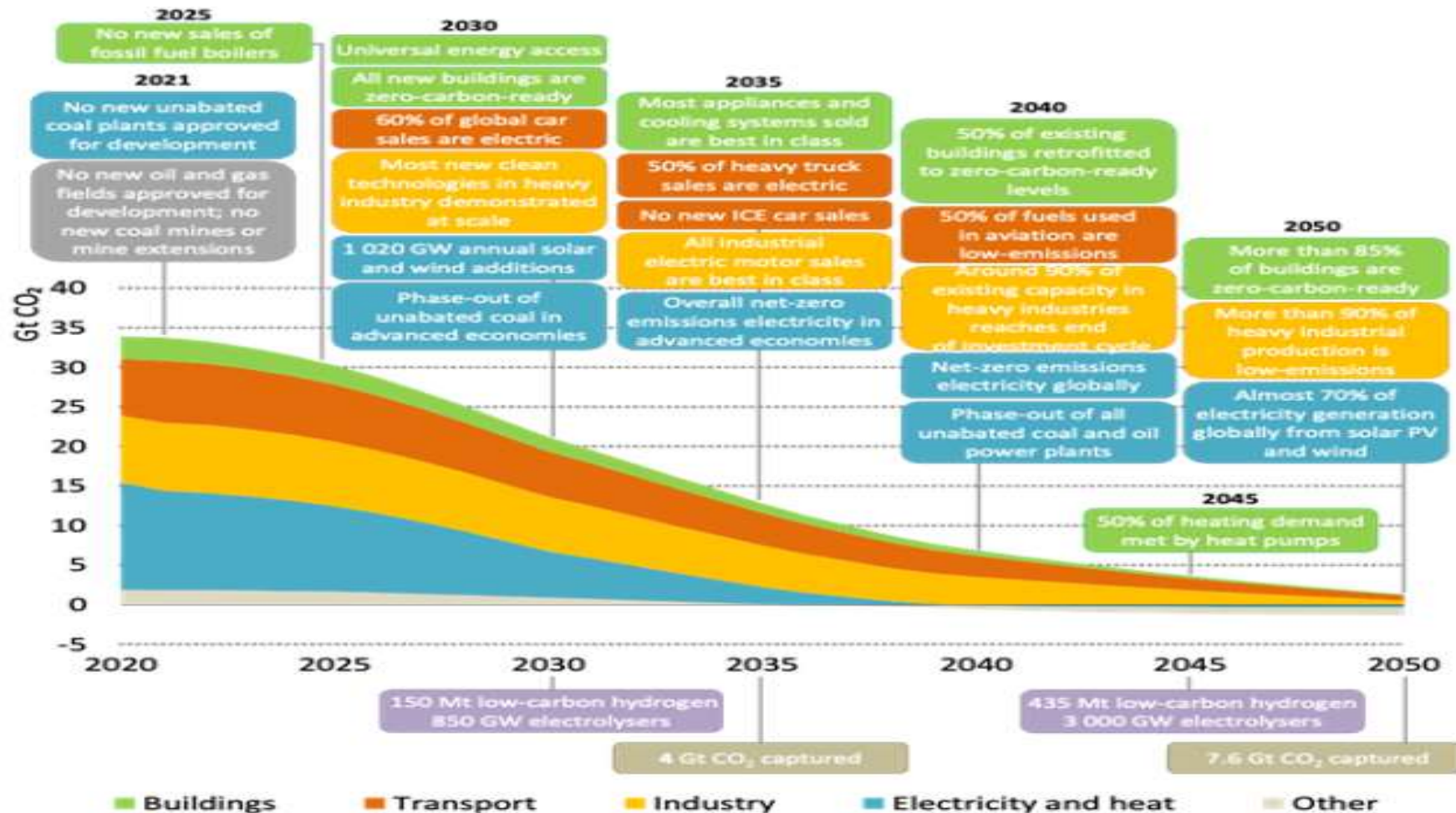
Así, con el Acuerdo de París y sobre todo con la emergencia climática (constatada por la ciencia y declarada por innumerables instituciones, incluida la UE), el litigio climático se transforma no sólo en un juicio sobre derechos humanos, sino sobre todo en un juicio sobre la regulación del riesgo frente a la urgencia de poco tiempo para decidirlo.

El *thema decidendum* no es simplemente la obligación positiva de proteger los derechos, sino el deber (planetario) de eliminar la más grave e irreparable de las situaciones de peligro: la emergencia climática.



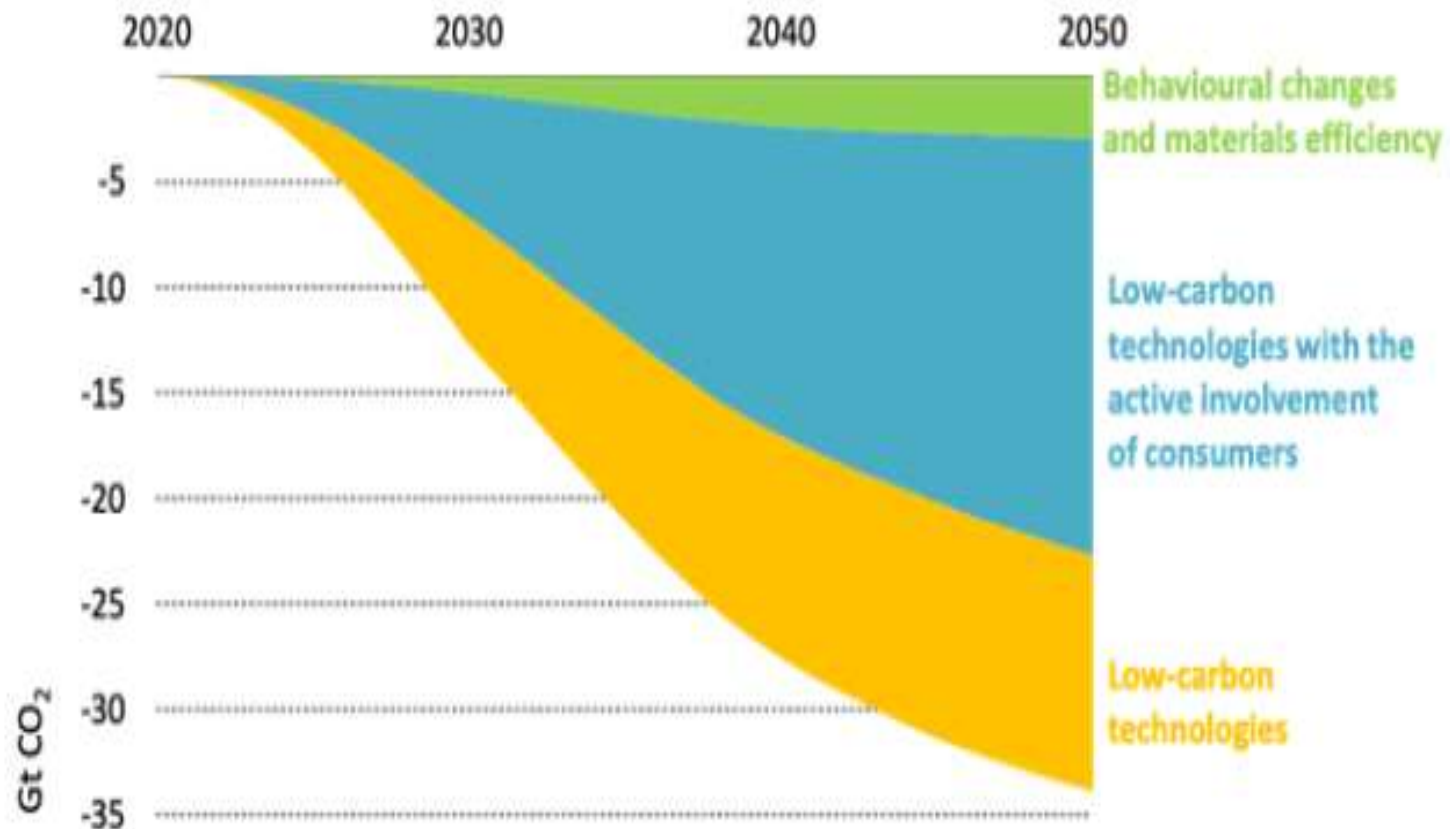
# Pero la emergencia climática se convierte también en una emergencia energética

Tenemos que transformar radicalmente el sistema "energívoro" de la convivencia civil, cambiando así las propias relaciones jurídicas. ¿Pero cómo? (fuente: IEA)





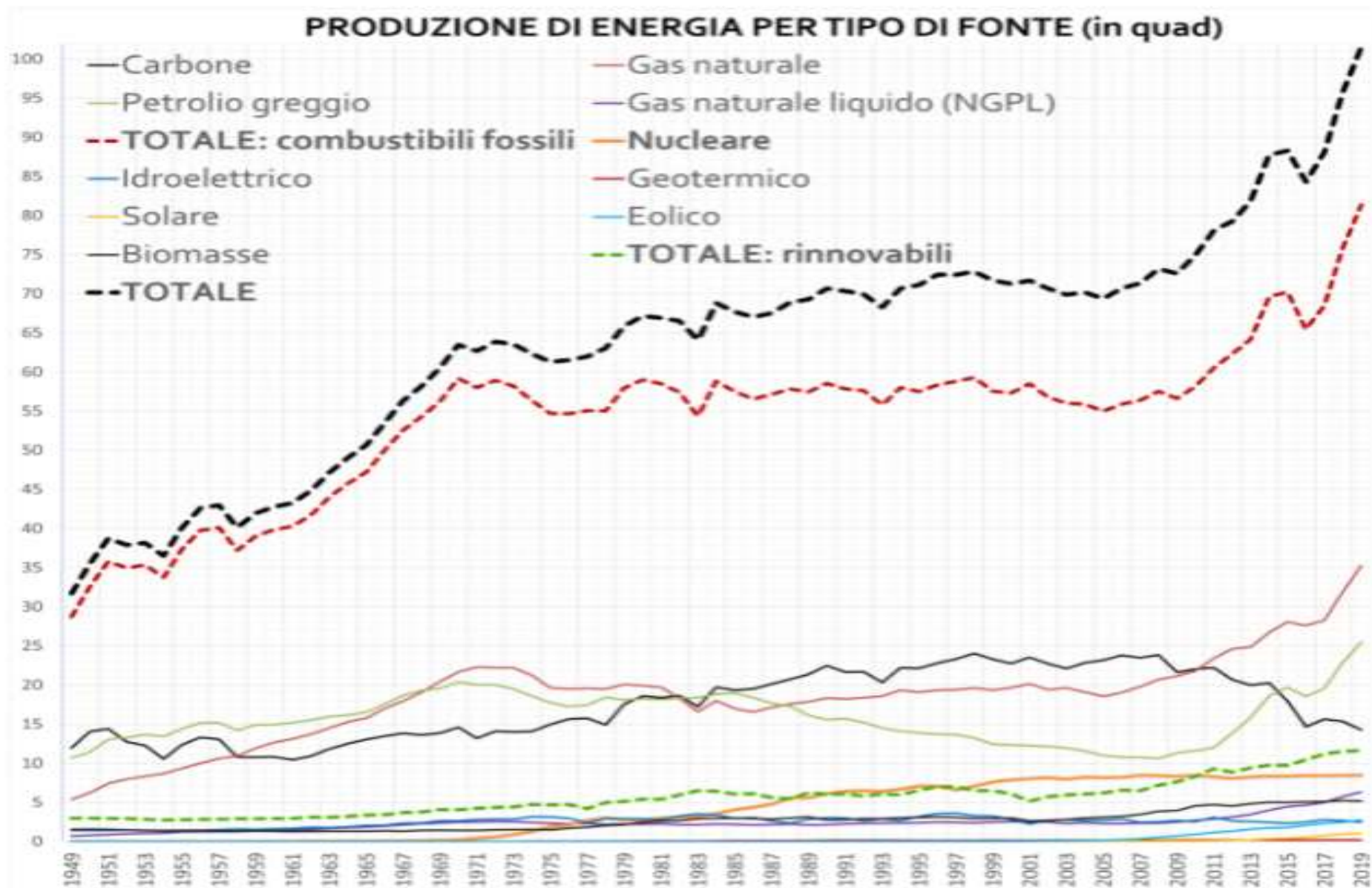
# La responsabilità jurídica del clima en la emergencia como responsabilidad energética (fuente: IEA)



*Il cambiamento degli stili di vita è responsabile dell'8% della riduzione delle emissioni nei prossimi trent'anni. Fonte: figura 14, capitolo 2 di International Energy Agency (2021), Net Zero by 2050, IEA, Paris.*



**Esto explica por qué el litigio climático se ha convertido en un litigio energético contra la energía fósil (fonte: IEA)**





## Las emisiones fósiles como «Tort»

Decidir sobre la energía significa decidir sobre las emisiones y, por tanto, sobre su reducción.

Con la emergencia climática, el núcleo del argumento climático se convierte en la mitigación del clima mediante la eliminación del riesgo "fósil".

Pero el riesgo fósil ha sido también una fuente de grandes desigualdades e injusticias (pensamos en la huella de carbono, a la deuda climática, a la "*Metabolic Rift*" y a la "*Carbon Rift*").

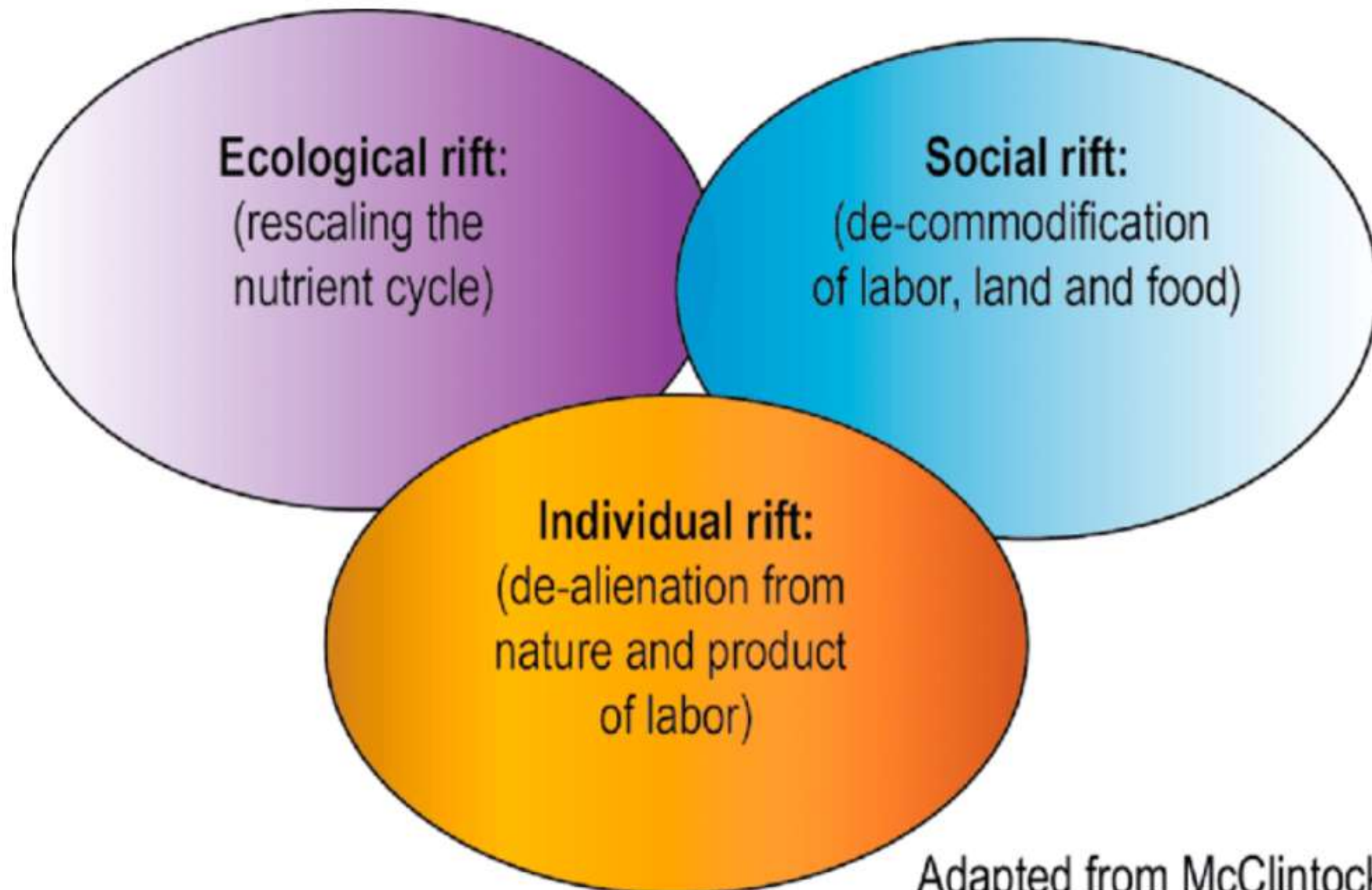
Cfr. Rodríguez-Garavito, *Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation*, in *AJIL Unbound*, 114, 2020

<https://www.openglobalrights.org/climate-litigation-against-carbon-majors-economic-impacts/?lang=Spanish>



# La estructura sistémica del "Tort" en la emergencia

Fuente: Bahers, Giacché, *Towards a metabolic rift analysis*, Geoforum, 2019



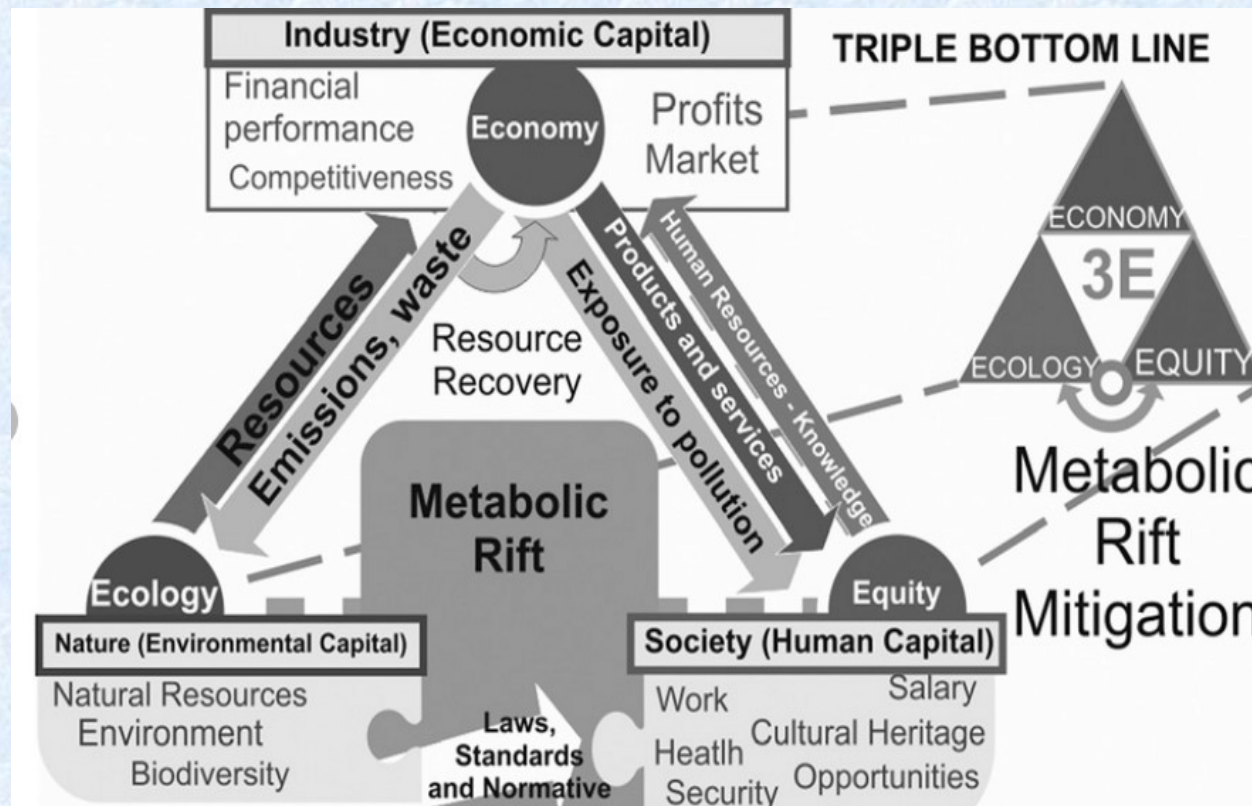
Adapted from McClintock, 2010



# Litigio climático y extractivismo

Esta evolución del riesgo climático hacia el riesgo energético en la injusticia social explica - como veremos más adelante - la aparición de la perspectiva específica del "Sur Global", donde el "*thema decidendum*" climático se convierte en un juicio "eco-social", antes que científico, sobre el riesgo (la llamada "*Triple Bottom Line*" en la mitigación climática).

Cfr. Moore, *Environmental Crises and the Metabolic Rift in World-Historical Perspective*, in *Organization & Environment*, 2000; Peralta et al., *A Review of Sustainable Machining Engineering*, in *J. of Manufacturing Sc. & Engineering*, 2016







## 5

**Los 4 elementos "constitucionales" de cualquier "*climate change litigation strategy*": el "*garbage can model*" entre la ponderación de intereses y el principio de precaución climática; reserva de ciencia; obligación de motivación; quádruple protección de los derechos humanos**



## La decisión sobre el riesgo como "Garbage Can Model"

Fuente: Cohen, March, Olsen, *A Garbage Can Model of Organizational Choice*, in 17 *Administrative Science Quarterly*, 1, 1972, 1-25.

La decisión "política" sobre el riesgo es muy diferente de la "jurisdiccional". La primera privilegia la discrecionalidad del decisor, que puede cambiar métodos y formas de actuación de sus deberes, en cumplimiento formal de las leyes y otros parámetros de validez, sin tener en cuenta la adecuación de los contenidos respecto al contexto sobre el que afectan las decisiones. Este enfoque es considerado por el IPBES como la causa de algunas formas de "fallo institucional" en las decisiones medioambientales debido a varias de sus características que materializan un conjunto de compromisos y equilibrios no siempre racionales y sensatos produciendo la llamada "*Brecha*" (*Gap*) "*Descripción-Experiencia*" (es decir, divergencias en el comportamiento de la toma de decisiones, según se asuman o no bases de conocimiento previo de las consecuencias). Los principales "*Gap*" son: ausencia del deber de motivación y "procedimiento justo"; ausencia del deber de considerar las pruebas científicas; ausencia de mecanismos de revisión del mérito y la legitimidad (recursos o apelaciones); ausencia del deber de evaluación de las opciones en la relación entre derechos y medio ambiente, etc. ....

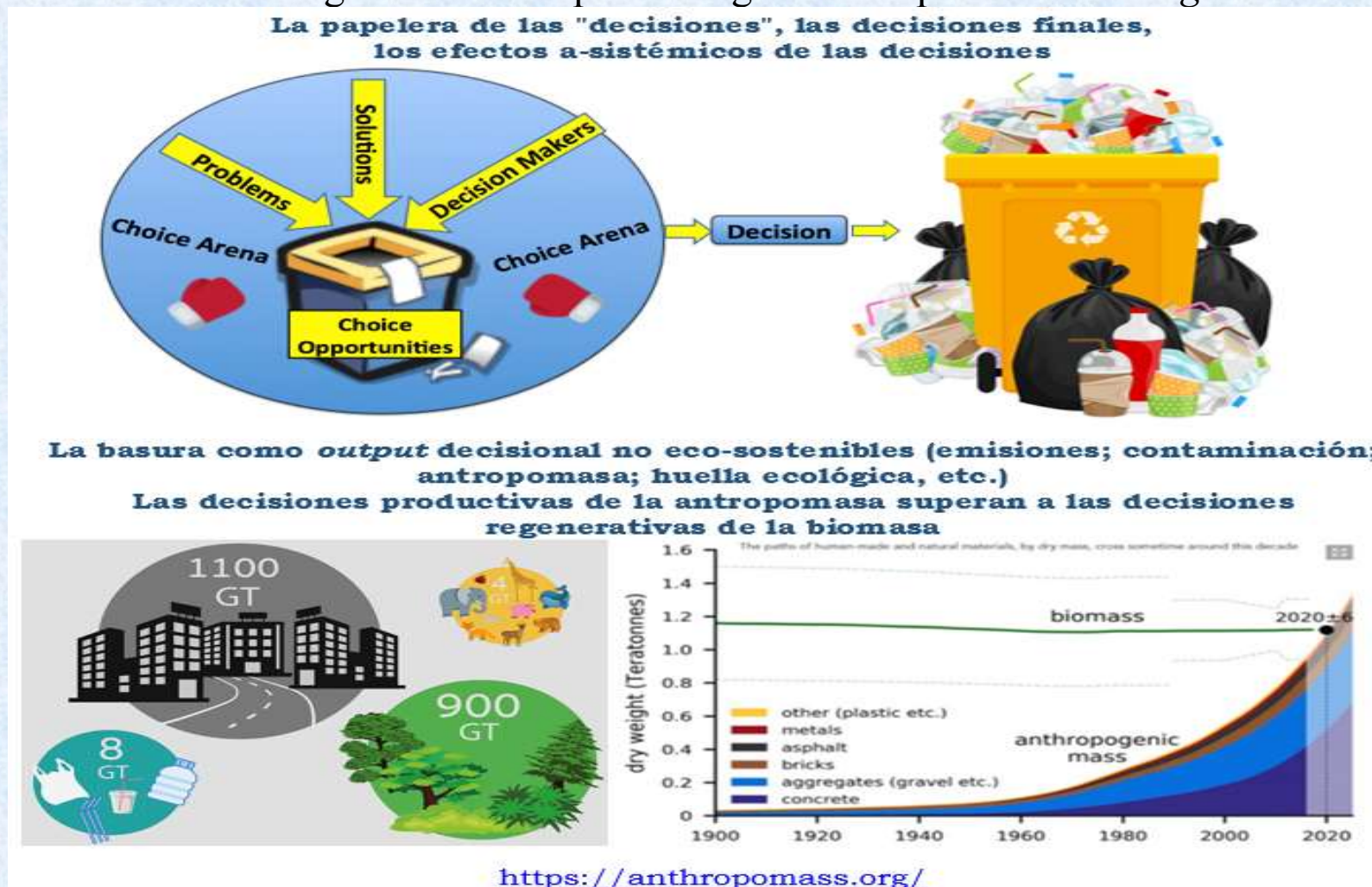
Cfr. Hertwig, Erev, *The description–experience gap in risky choice*, in 13 *Trends in Cognitive Sciences*, 12, 2009



## El fracaso de los trasplantes legales y de la curva de Kuznets

El modelo también explica el fracaso tanto de los trasplantes legales de normas medioambientales (formalmente idénticas pero "irracionalmente" aplicadas de forma diferente por los responsables de la toma de decisiones) como de la llamada "*Curva de Kuznets*" en relación con la calidad de las instituciones y decisiones medioambientales.

El fracaso ecológico de los trasplantes legales en el proceso "*Garbage Can*"

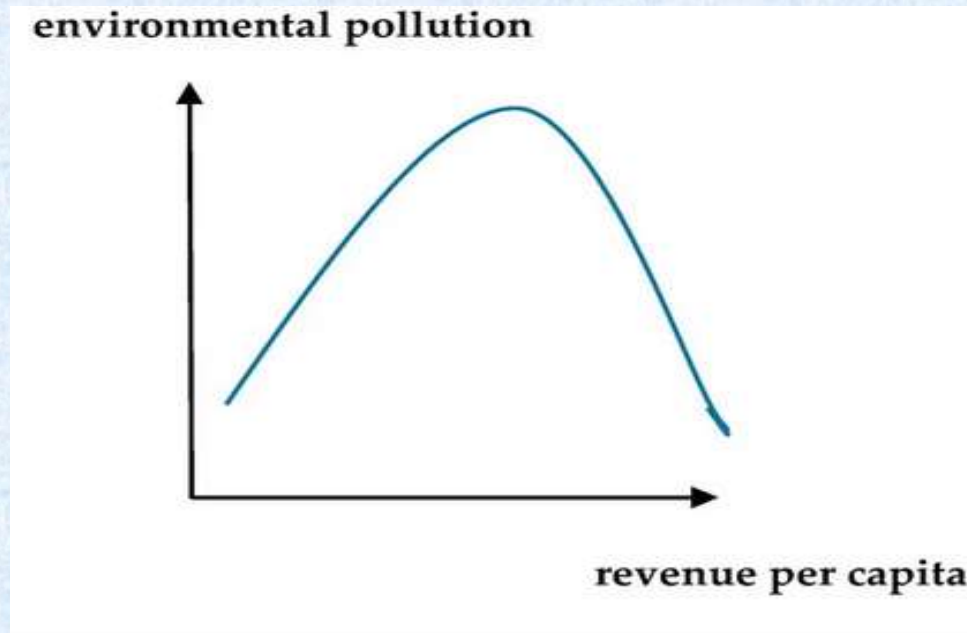




# El fracasso de los trasplantes legales y de la curva de Kuznets

Cfr. Faure, *The Export of Ecological Civilization: Reflections from Law and Economics and Law and Development*, in *Sustainability*, 12, 2020

La tesis de la "Curva Ambiental de Kuznets" (EKC) sostiene que la reducción de la contaminación ambiental y de los problemas climáticos está directamente relacionada con el aumento y la mejora cualitativa de las estructuras normativas e institucionales para combatirlos, por lo que los "trasplantes legales" servirían para fomentar la multiplicación de esta "curva" en todo el mundo mediante un "desarrollo normativo" paralelo al "desarrollo económico" de todos los Estados.



**Figure 1.** Environmental Kuznets Curve.



## El fracasso de la curva de Kuznets

Esta perspectiva ha sido avalada por el Banco Mundial que, desde el "*Informe sobre el Desarrollo Mundial*" de 1992, ha favorecido la hipótesis de la "Curva de Kuznets", interpretándola como una legitimación del crecimiento económico como elemento paralelo a la mejora de la normativa medioambiental de los Estados (la llamada "Hipótesis Porter").

Esto también llevó a la tesis de la llamada "disociación" entre el crecimiento del PIB y el aumento de las emisiones.

Todas estas teorías han sido desmentidas por la realidad, demostrando la incidencia efectiva de la lógica "*Garbage Can*" en las decisiones medioambientales.

cfr. Nader *Promise or plunder? A past and future look at law and development*, in *Global Jurist*, 7, 2007, 7; Faure, Goodwin et al. *Bucking the Kuznets Curve: Designing effective environmental regulation in developing countries*, in *Va. J. Int. Law*, 51, 2010, Berkowitz, Pistor, Richard, *Economic development, legality and the transplant effect*, in *Eur. Econ. Rev.*, 47, 2003.



## Lógica de decisión del "*Garbage Can*" y "preferencias" de los individuos

En la perspectiva del fracaso de las decisiones "políticas" sobre los grandes retos medioambientales, las preferencias individuales, especialmente en los países económicamente más ricos, se han orientado hacia la vía "procedimental" de la "Curva de Kuznets", manifestando la "disposición a pagar" (es decir, a afrontar los costes) la acción judicial, como único sistema procedimental alejado del "*Garbage Can Model*". Esta hipótesis parece confirmada por las observaciones empíricas (es. Cooter & Schäfer) sobre la relación entre la riqueza individual, la "disposición a pagar" y el recurso al juez para promover "estrategias medioambientales".

### La estructura no "*Garbage Can*" del proceso







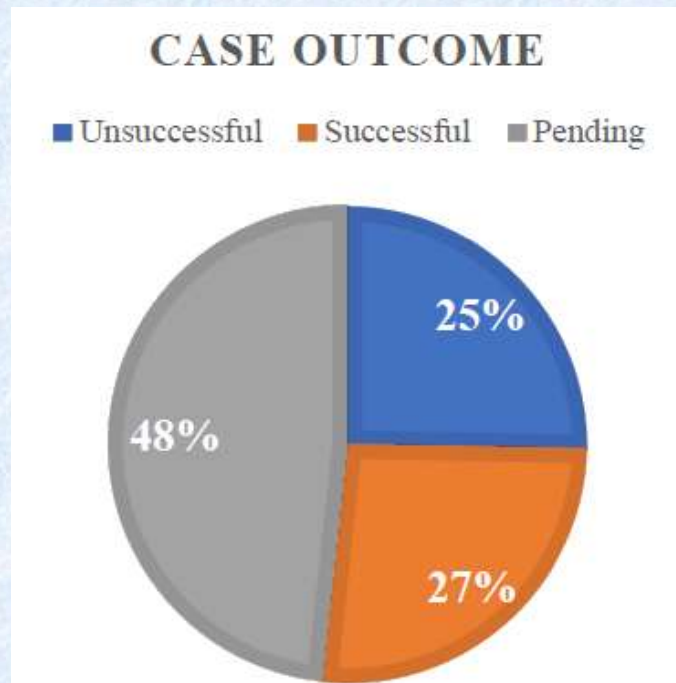
## 6

**El carácter "constitucional" de la cosa juzgada: multidimensionalidad y superación del "falso positivo/negativo".  
¿La teoría de la cosa juzgada climática como red de gobernanza?**



## ¿Cuáles son los efectos de la "cosa juzgada climática" y cómo se pueden comparar?

Un análisis de 534 casos estadounidenses entre 1990 y 2016 destacó que el 42% de los litigios climáticos en ese país tuvo resultados favorables a la acción climática. Fuera de la jurisdicción de Estados Unidos, el 58% de los 187 casos entre 1994 y mayo de 2020 fueron favorables. Actualmente la situación es la siguiente [fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021]



Formalmente, los resultados de la lucha climática parecen positivos. Pero, ¿qué consecuencias concretas producen y cuáles son las variables que condicionan esas consecuencias?



## ¿La "cosa juzgada" como límite de incumplimiento de todos los litigios climáticos?

En opinión de Markell y Ruhl (*An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, in 64 Florida Law Rev., 2012), el entusiasmo civil por los litigios climático no aborda plenamente las cuestiones relativas a la eficacia de las decisiones judiciales como herramienta de gobernanza efectiva para alcanzar adecuadamente los objetivos de reducción de emisiones y, especialmente, de mitigación de la temperatura global.

Los litigios sobre el clima corren el riesgo de reproducir, a nivel judicial, la "*tiranía de las pequeñas decisiones*" (como la define el ecologista W.E. Odum) que marca la acción política contra el cambio climático.

Pueden "mejorar" la situación de peligro, pero no "resolver" el problema climático, por lo que se convierten en una estratagema "simbólica" porque las sentencias favorables no materializan una protección efectiva de los derechos frente a los riesgos climáticos planetarios.



## ¿Riesgo planetario frente a beneficios multidimensionales?

Se ha dicho que el litigio climático es fisiológicamente estratégico por su contenido y sus objetivos, que no son unidimensionales (los intereses de los demandantes) sino multidimensionales (los intereses de todos los sujetos que pueden identificarse con los demandantes: ciudadanos, menores, asociaciones, otros seres vivos, etc.). Esta multidimensionalidad se deriva de la multipolaridad del riesgo (cfr. de Jong, *Tort Law and Judicial Risk Regulation*, in *European Journal of Risk Regulation. Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects*, in 9 *European J. of Risk Regulation*, 1, 2018).

Pero esta multipolaridad no significa que los litigios contribuyan automáticamente a los beneficios mundiales en la lucha contra el cambio climático. Se necesitarían tribunales internacionales para promover la "vía judicial" a los beneficios globales de los litigios (como demuestra, a nivel regional, el caso pendiente dentro del Consejo de Europa *Carvahlo et al. contra 33 Estados*).

Por lo tanto, la idea de que el "poder judicial" pueda alimentar una red de "gobernanza" sobre el clima (tal como lo plantean Peel y Osofsky) sigue siendo ilusoria. Los efectos "constitucionales" siempre se refieren sólo a la dimensión estatal de los "beneficios".

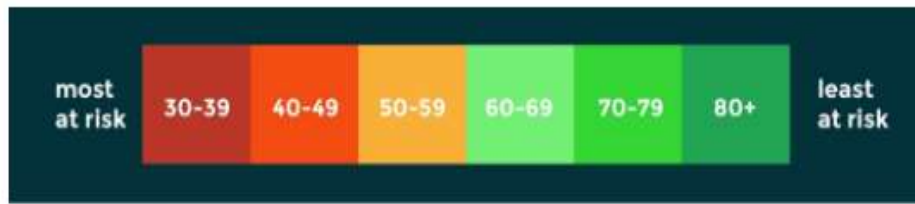


# Cosa juzgada y "falso negativo" planetario

La comparación entre el riesgo climático planetario y la "cosa juzgada" en las jurisdicciones nacionales revela una "dislocación injusta" de los efectos positivos del juicio climático. Los riesgos afectan principalmente al "Sur Global", mientras que el "Norte" se beneficia de las intervenciones jurisdiccionales. Esto alimenta el "intercambio ecológico desigual" entre la geografía de los riesgos y la geografía de los litigios climáticos. La "ventaja mundial" del litigio se convierte paradójicamente en un "falso negativo" para el Mundo.

Geografía de los riesgos (fuente: EcoExpert)

Geografía de los litigios (fuente: Savaresi, Setzer, *cit.*)



I paesi più a rischio per i cambiamenti climatici, al mondo © The Eco Experts





## "Cosa juzgada" y "seguimiento democrático": el caso suizo

Otro aspecto problemático se refiere al "seguimiento democrático" de las sentencias. ¿Las sentencias condicionan o limitan la deliberación democrática de la mayoría? Se pueden citar ejemplos de Suiza y Alemania.

Un referéndum en Suiza rechaza una propuesta de ley ambiental, formulada en espera de una apelación de los ciudadanos (el llamado "*caso Klima Seniorinnen*") ante el TEDH por una mitigación climática inadecuada. ¿Cómo hacer "compatibles" estos cortocircuitos deliberativos? Una ley ambiental "integral" medidas para combatir el cambio climático. Si se rechaza, aún compromete la estabilidad climática.



## "Cosa juzgada" y "seguimiento democrático": el caso alemán

Un caso aún más paradójico es el alemán. El Tribunal Constitucional, en marzo de 2021 (*BVerfGE* 24.3/29.4.2021), declaró incompatible la ley climática, fijando un plazo para su adecuación para reducir las emisiones.

Sin embargo, Ahora, la emergencia de la soberanía energética de Alemania debido a la guerra de Ucrania lleva a una valoración política diferente de la emergencia climática, como si ésta pudiera posponerse.



## "Cosa juzgada" y legitimidad (comprobada mediante juicio) de la "Equity"

Otra perspectiva que está surgiendo en el panorama del litigio es la del "precedente judicial" climático como fuente de legitimación de la "Equity" en la definición de medidas de mitigación. En la práctica, cuando un Tribunal declara inadecuada una medida de mitigación de un Estado y ordena una reducción de emisiones de acuerdo con la CMNUCC y el Acuerdo de París y, por lo tanto, también de acuerdo con la "Equity", el contenido de la obligación climática de los otros Estados, con condiciones fácticas similares al Estado condenado, cambia, porque - en el frente a las "ventajas mundiales" - las medidas de otros Estados se vuelven insuficientes.



## "Cosa juzgada" y "Transfer" de la "Equity"

En la práctica, la única y efectiva "transferencia de reglas" del precedente judicial pasa a ser la de "Equity" (especialmente entre los Estados incluidos en el Anexo 1 de la CMNUCC) y referida solo a los Estados

Medida de mitigación

- Estado A
- Litigio contra el Estado A

Violación de la Equity

- Condena del Estado A
- modificación de medidas de mitigación y reducción de emisiones

Medida de mitigación

- Estado B en condiciones similares al Estado A para los vínculos climáticos del Anexo 1 de la CMNUCC (por ejemplo, Alemania - Italia)
- Insuficiencia transitiva de las medidas del Estado B



## Aprobación de este escenario en la CMNUCC

Esta perspectiva es parcialmente discutida por el "*Global climate litigation network*" (ver a continuación el llamado "*Urgenda Style*") pero encuentra su confirmación metodológica en las evaluaciones de los aportes estatales para la reducción de emisiones, realizadas por la CMNUCC (ver <https://unfccc.int/news/climate-commitments-not-on-track-to-meet-paris-agreement-goals-as-ndc-synthesis-report-is-published>) y por los llamados "*Emission Gap Report*" del PNUMA (ver <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020>).





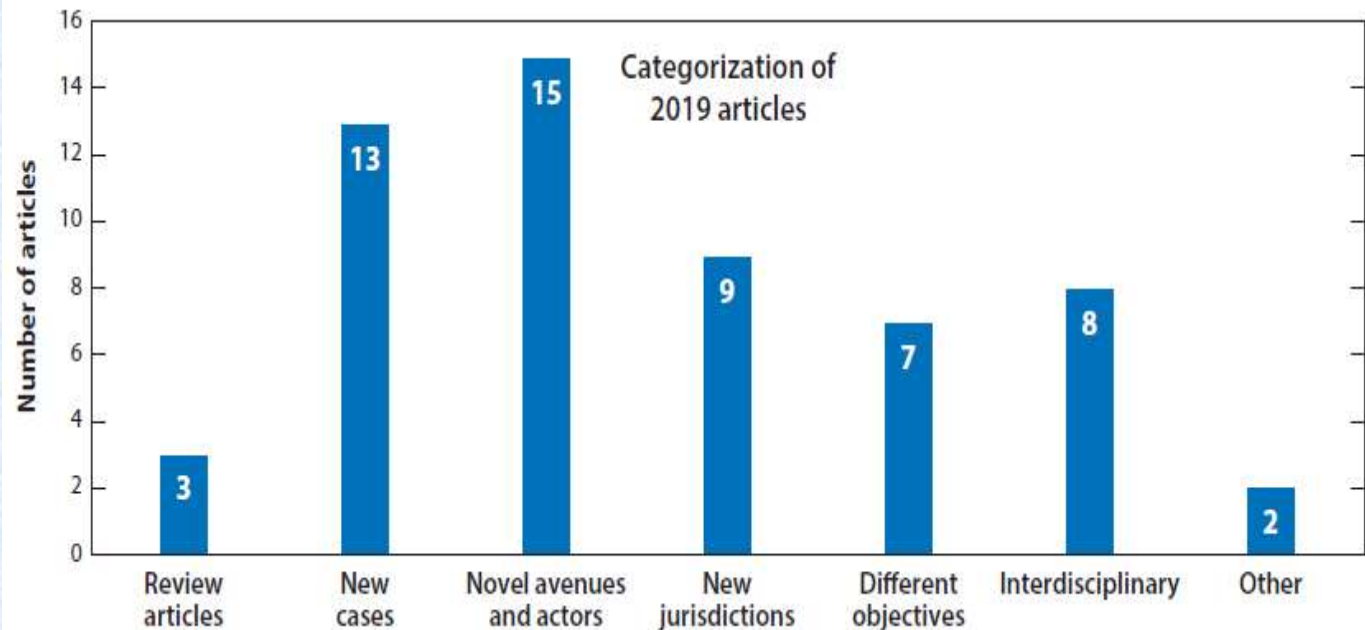
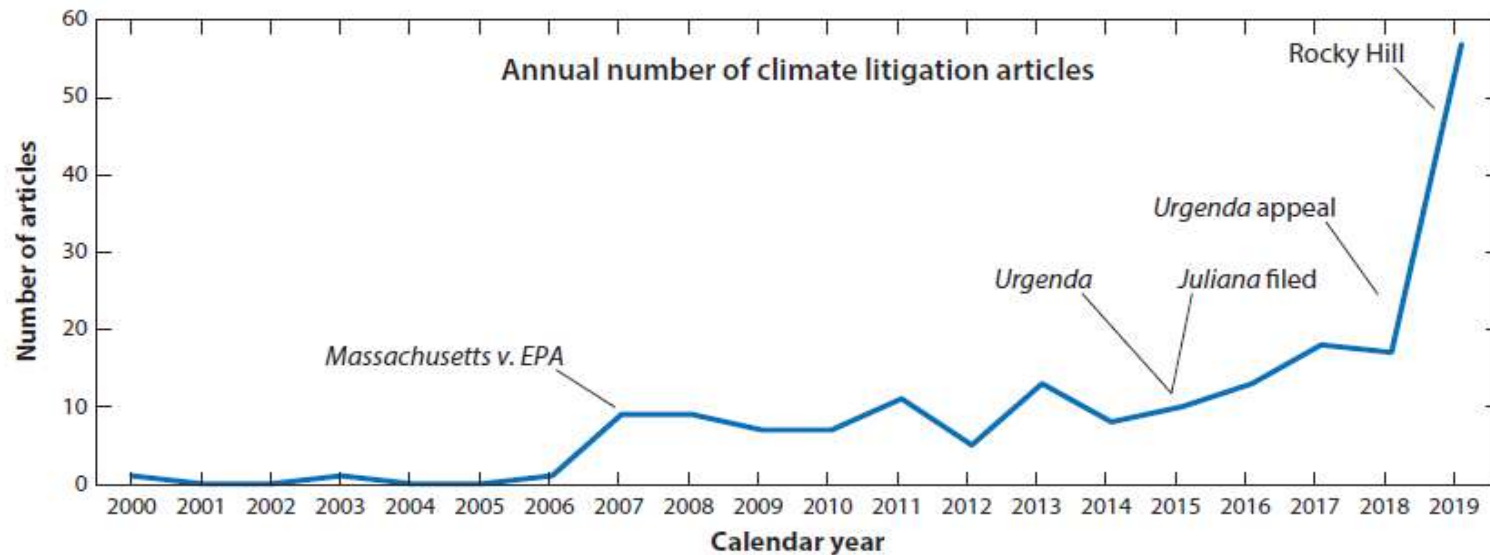
7

**La comparación "*entre*" litigios climáticos: revisión de métodos institucionales y métodos científicos**





# El enfoque doctrinal de los litigios climáticos independientemente de un "método comparativo" (fuente: Peel y Osofsky)





## Los principales formantes doctrinales

- Peel & Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- Deutscher Bundestag, *Rechtliche Grundlagen und Möglichkeiten für Klima-Klagen gegen Staat und Unternehmen in Deutschland*, Berlin, 2016
- Cournil & Varison (eds.), *Les procès climatiques: du national à l'international*, Paris, Pedone, 2018
- Botter Fabri, Setzer, Cunha, *Litigancia Climática*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019
- Wedy, *Litígios Climáticos*, Salvador, Editora Juspodium, 2019
- Sindico, Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, Springer, 2021
- Alogna, Bakker & Gauci, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Brill Nijhoff, 2021
- C. Rodríguez-Garavito, *Litigating the Climate Emergency*, Cambridge, CUP, 2022



## La comparación de los litigios climáticos y el problema del "método" de comparación. ¿Primero definir o primero clasificar?

En la literatura (formante doctrinal) parece que, para que haya "litigio climático", no hay que someter necesariamente a juicio la obligación climática ni los actos o hechos considerados ilícitos por su contribución a los efectos catastróficos del cambio climático. Puede ser, y la mayoría de las veces lo es, otra cosa: un determinado acto a impugnar; un determinado suceso a objetar como hecho ilícito; un determinado comportamiento considerado negligente; un determinado interés precluido de un determinado procedimiento; un determinado impacto; en fin, otra cosa, dentro de la cual el clima se convierte en un "elemento presupuesto" para reforzar la pretensión judicial, no en cambio en un objeto único y absorbente del juicio.

Cfr. Setzer; Bangalore, *Regulating climate change in the Courts*, in A. Averchenkova, Fankhauser (eds), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham, 2017



## La influencia del formante doctrinal en las clasificaciones "institucionales" (PNUMA, Sabin Center, etc.)

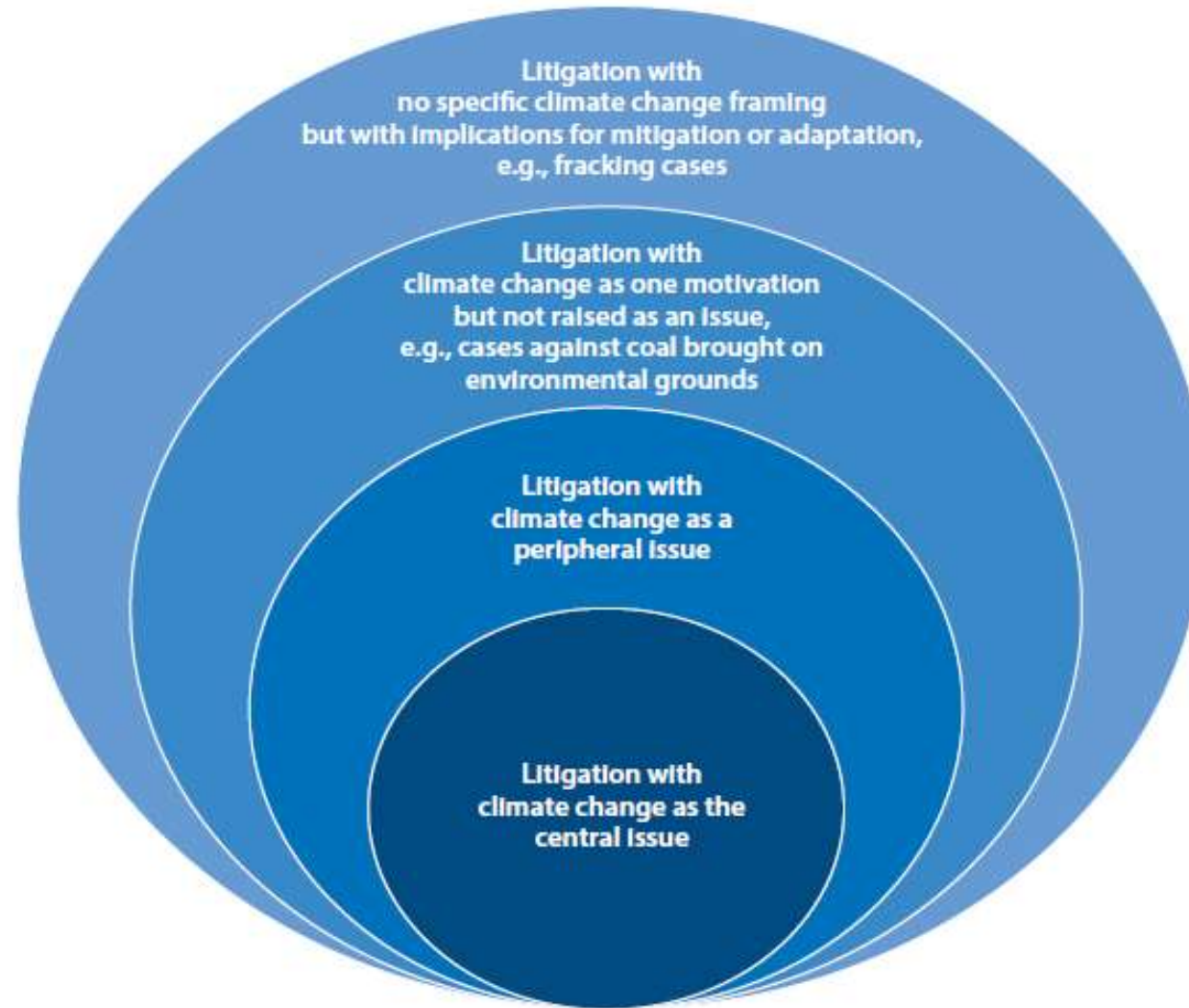
Las clasificaciones doctrinales no tienen en cuenta el paralelismo entre la trayectoria de los litigios climáticos, la evolución de las fuentes del derecho climático y la trayectoria de los problemas climáticos (hasta la emergencia climática)

Esto produce dos consecuencias:

- la doctrina tiene poca influencia en el contenido de los argumentos jurídicos en los litigios;
- la doctrina discute poco y marginalmente las categorías jurídicas utilizadas en los casos judiciales individuales ("*Tort*"; categorías de daños; "*Public Trust*" en el sistema americano de *Common Law* vs. deberes de custodia en el sistema europeo de *Civil Law*, diferencia entre situación de hecho inconstitucional y la situación de daño civil en el derecho latinoamericano etc.).



# Por lo tanto, surgen clasificaciones "concéntricas" generalistas (como la de Peel y Osofsky)



**Figure 1**

Different notions of climate litigation (adapted with permission from Peel & Osofsky 2015a).



# Las principales clasificaciones doctrinales

## Clasificaciones «globales»

### De carácter "cognitivo"

#### **El modelo de cluster *del "Sabin Center"* de la Columbia University sus límites**

- el solapamiento entre las cuestiones medioambientales y climáticas y la consiguiente inclusión en el modelo de litigios medioambientales sobre obras públicas y privadas, de modo que el petitum "climático" puede tener un contenido tanto "directo" (reducción de las emisiones per se) como "indirecto" (consideración de las emisiones para otra cosa, como, por ejemplo, una EIA o una EAE);
- no hay clasificación de las fuentes utilizadas (no necesariamente de "derecho climático")
- no hay distinción entre los sistemas jurídicos (debido únicamente a la separación entre Litigios en Estados Unidos y Litigios fuera de Estados Unidos)
- no se distingue entre sentencias de conformidad y sentencias de adecuación en la clasificación de las sentencias definitivas (por ejemplo, los litigios nacionales, europeos y convencionales del CEDH sobre el llamado "caso ILVA" no clasificados por el Centro Sabin)



# Las principales clasificaciones doctrinales

## Clasificaciones «globales»

### De carácter evaluativo"

**el modelo univeraslista** de "Enfoque de Derechos Humanos" del *Business & Human Rights Resource Centre*

#### **sus límites:**

- centrarse en el tema de la protección de los derechos humanos, independientemente del tipo de juez, del proceso y del papel de las partes, presentes en los diferentes sistemas considerados
- promoción de un discurso universalista pero abstracto sobre la relación entre los derechos humanos, las empresas y el papel de los jueces



## ¿La utilidad heurística de estas clasificaciones "globales"?

¿para identificar las variables nacionales diferenciadoras en las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

muy bajas,  
porque no las cuestiona

cfr. <https://www.gold.ac.uk/calendar/?id=13528>

<https://reliefweb.int/report/world/climate-change-and-human-rights-can-courts-fix-it>



## Clasificaciones «eco-políticas»

### De carácter "integral"

**Modelo "Norte-Sur del mundo"** elaborado principalmente por la literatura comparativa "latina" y por la literatura de ecología sistémica y política

### **sus límites**

- enfatiza la dimensión local del conflicto "climático", superponiéndolo a las cuestiones de "justicia ambiental", reduciendo todo a un perfil cultural, identitario y político que deja fuera los temas de "*Equity*" y la llamada "reserva científica", que son en cambio constitutivos del derecho climático
- privilegia la referencia al papel, en los litigios, de la "reserva cultural" o de los "derechos de la naturaleza" con respecto a la "reserva de ciencia", prevista en las fuentes climáticas del derecho
- privilegia la referencia a las fuentes de derecho interno o internacional para la protección de los derechos humanos (a partir de la CIDH), leyendo su jurisprudencia como resolviendo también los problemas climático, incluso de forma implícita.

¿Utilidad heurística de estas clasificaciones para identificar las variables nacionales de diferenciación de las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

Relativo únicamente a los contextos jurisdiccionales de referencia.



# Clasificaciones de prácticas "estratégicas"

## De carácter operativo

**modelo de la "Global Climate Litigation Network"** de Urgenda, adoptado exclusivamente por abogados que operan en litigios climáticos

### **sus límites**

- practica exclusivamente la "*Reutilización*" (*Re-Use*) de la experiencia del "*caso Urgenda*", proponiendo la réplica de algunos elementos "estratégicos" o "tácticos" de carácter práctico (el llamado método "*Pick and Choose*"),

Este mismo enfoque es el que sigue la *IBA* (*International Bar Association*).

cfr. <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation/>

<https://www.ibanet.org/Climate-Change-Model-Statute>

¿Utilidad heurística de este enfoque, para identificar las variables nacionales de diferenciación de las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

ninguna,

porque de hecho cae en la llamada lógica de las "*comparaciones por Reglas Vacías*" (G. Frankenberg)



## Clasificaciones por

# "problemas concretos (considerados) comunes" (el llamado modelo los "Cornell University's Seminars in Comparative Law")

Sindico, Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, Springer, 2021

Climate change, the individual and moving forward the international climate change agenda (mitigation and adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against the government for allegedly not complying with its international climate change obligations?
Climate change, the individual, human rights and moving forward the international climate change agenda (mitigation and adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against a public or private actor that allegedly does not comply with climate change obligations (national or international), on human rights grounds?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against public actors (I) (mitigation)	Can an individual bring a case in your legal system against a public actor charged to authorise a major infrastructure operation that allegedly does not comply with national obligations leading to a rise in greenhouse gas emissions?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against public actors (II) (adaptation)	Can an individual bring a case in your legal system against a public actor that allegedly does not comply with national obligations leading to a failure to adapt to climate change?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against private actors (I) (mitigation)	Can an individual in your legal system bring a case against a private actor whose acts lead to a large rise in greenhouse gas emissions?
Climate change, the individual and moving forward the climate change mitigation agenda against private actors (II) (mitigation/adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against a pension fund (or a similar entity) whose actions (i.e. investments) contribute to a global rise in greenhouse gas emissions or difficult adaptation to climate change?



## ¿Hay algo en común entre estas clasificaciones globales, ecopolíticas y estratégicas?

SI

Todas ellas no hacen énfasis en la inédita y dramática situación de peligro planetario, representada por la emergencia climática, aunque denunciada por la ciencia, reconocida por la ONU y declarada por diversas instituciones (como la UE), como si la emergencia climática no fuera una variable determinante de cualquier litigio climático en cualquier parte del mundo, ya que es "planetaria".

Esta indiferencia dificulta el "diálogo" entre estas decisiones y su función convergente en la lucha contra el cambio climático.

En consecuencia, el uso de cada sentencias como precedente es mínimo, precisamente porque, aunque sean "estratégicas", todas no convergen en una estrategia única comparativa.



## Consecuencias de estas clasificaciones sin convergencia comparativa

El límite de una catalogación tan amplia es que el concepto de litigio climático puede extenderse a todas las acciones legales destinadas a perseguir "cualquier propósito en nombre del clima", incluyendo, por ejemplo, los arbitrajes *SLAPP* (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) e *ISDS* (*Investor-State Dispute Settlement Mechanism*). De hecho, este tipo de litigios suelen basarse en la protección del interés económico de la empresa y no en la protección de los individuos o las comunidades de los peligros del cambio climático, un elemento que es relevante para esta investigación (cfr. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in 43 *DPCE Online*, 2, 2020).

La fórmula *SLAPP* "*Demanda estratégica contra la participación pública*" define las acciones legales destinadas a limitar o impedir la participación pública en determinados procesos. Puede considerarse una práctica desleal, que tiene como objetivo principal actuar como elemento disuasorio y obstaculizar los agravios de la otra parte (normalmente formada por actores sociales) en diferentes tipos de litigios. En algunos países, sobre todo de tradición anglosajona, el recurso a estas acciones está limitado por disposiciones reglamentarias específicas (cfr. Pring, Canan, *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*, in *Law and Society Rev.*, 22, 1988).

La solución de controversias inversor-Estado (*ISDS*) es un instrumento de derecho internacional público que otorga a un inversor extranjero el derecho a iniciar un procedimiento de solución de controversias contra un gobierno extranjero, es decir, el gobierno del Estado en el que la entidad privada ha realizado la inversión (el llamado "Estado receptor"). Este mecanismo está previsto e incluido en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, a partir de la "Carta de la Energía", verdadera "Constitución de la Energía" del mundo en las relaciones entre empresas y Estados (cfr. Broude, *Not all rights are created equal: A loss-gain frame of investor rights and human rights*, in 34 *Leiden J. of International Law*, 34, 1, 2020).





## 8

**La comparación "*dentro del*" litigio climático: del enfoque de "reutilización" del *Global Climate Litigation Network* al precedente climático como nivel esencial de protección de derechos o elemento constitutivo de la "*Equity*"**



## Comparación solamente de los casos de mitigación climática

Muy recientemente, los abogados del "caso Urgenda" han propuesto un método para promover el "diálogo judicial" en los litigios sobre el clima, con referencia específica a la cuestión de la "mitigación del clima".

En este sentido, se habla de "*Urgenda Style*" para la promoción global del método estatal de "mitigación sistémica" en la lucha contra el cambio climático. El "estilo" se resumiría en el siguiente argumento del Tribunal Supremo holandés en el "caso Urgenda" (Tribunal Supremo de los Países Bajos, Urgenda contra los Países Bajos, diciembre de 2019):

*"Los tribunales pueden considerar si las medidas adoptadas por el Estado son demasiado escasas, teniendo en cuenta lo que es claramente el límite inferior de la cuota de emisiones que debe reducirse del nivel global necesario para acabar con el peligroso cambio climático".*



## «Urgenda Style»

De hecho, pocos tribunales, con algunas excepciones, han procedido a evaluar la suficiencia o razonabilidad de los esfuerzos generales de mitigación del clima de un Estado.

A la luz de esto, se propone un marco mediante el cual los tribunales pueden juzgar los esfuerzos generales de mitigación de los Estados, basándose en los principios desarrollados por los tribunales holandeses en Urgenda y en sentencias recientes de otros tribunales nacionales.

Este marco común contiene elementos de procedimiento y de fondo destinados a demostrar que el Estado cumple con sus obligaciones en el marco global de la "*Equity*" de la CMNUCC y del Acuerdo de París.

Este enfoque centra la comparación exclusivamente en los litigios climáticos contra los Estados.



## Los elementos comunes de comparación sobre la "mitigación sistemática", basada en la "Equity"

La "Equity" se convierte en el *tertium comparationis* para comparar los argumentos judiciales sobre la responsabilidad climática de los Estados, con respecto a los siguientes elementos:

- el incumplimiento por parte del Estado de su "presupuesto de carbono" (*Carbon Budget*) o de sus objetivos de reducción de emisiones;
- la falta de coherencia entre los objetivos del Estado (como un objetivo ambicioso para 2050 y un objetivo intermedio para 2030);
- el aplazamiento o la rebaja del objetivo estatal de reducción de emisiones;
- la fuerte dependencia de la tecnología de emisiones negativas propuesta para reducir las emisiones en el futuro y/o la incapacidad de establecer objetivos de reducción de emisiones que reflejen la "parte justa" del Estado en la reducción de emisiones globales, por el hecho de que el Estado esté clasificado como "desarrollado" o "en desarrollo" en la CMNUCC.



## Resultados útiles de este tipo de comparación

Partiendo de la premisa de que todos los Estados tienen una obligación legal exigible con respecto a la mitigación del cambio climático, basada en las fuentes del derecho climático, este tipo de comparación nos permite examinar si:

- estas obligaciones también corresponden a disposiciones constitucionales, de derechos humanos y/o de derecho de daños dentro de los estados;
- el Estado no ha mitigado suficientemente el cambio climático mediante la reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero, violando así su deber de protección del clima.

De este modo, las sentencias de los tribunales pueden utilizarse como "argumento comparativo" sobre los deberes de mitigación en virtud de la "equidad" en diferentes litigios climáticos, según la lógica de la "reutilización" ("*Re-Use*"), pero no de una regla, sino un deber climático específico: la "mitigación sistemática".





9

**Variablen constitutionales nacionales que inciden en el uso del precedente climático: formas de acceso al juez; el modelo constitucional de la ciencia; el control judicial de las políticas públicas en la división de competencias; el régimen legal de la carga de la prueba; la disciplina del daño.**



# Catalogación y Clasificación de Marica Di Pierri según

estas variables (fuente: Di Pierri, *Cambiamenti climatici e diritti umani*, Tesi Dottorato, Palermo, 2021)

1. *Catalogación sobre la base del acusado en el juicio*

2. *Doble clasificación en función*

de las fuentes jurídicas utilizadas y de las tendencias observadas en el desarrollo de los litigios

3. *Tendencias establecidas*

en cuanto a la finalidad de la acción

- creciente atención a los derechos humanos
- relevancia de los derechos de las generaciones futuras
- especificidad del tema de los "desplazados climáticos" y la migración
- separación del "*Thema decidendum*" entre políticas de adaptación y mitigación

4. *Calificación de los conflictos climáticos del "Sur Global"*

como estrategias de presión más amplias (derechos indígenas, derechos de la naturaleza, diversidad cultural, primacía de la biodiversidad sobre el clima)

5. *Problemas comunes a las cuestiones jurídicas emergentes*

- justiciabilidad
- *standing* (titularidad de acción judicial)
- establecimiento de la causalidad e imputación de la responsabilidad
- impacto sobre la separación de poderes
- centralidad de la ciencia del clima



## Clasificación de Michele Carducci (fuente cit.)

Es una estructura de árbol con nueve ramas, que corresponden al mismo número de parámetros distintivos de clasificación utilizados con frecuencia:

- *ubicación geográfica del litigio* (nacional, local, supranacional, internacional)
- *naturaleza del denunciado* (Estado, organismo público, empresa u otra entidad privada)
- *actores del conflicto* (ciudadanos, asociaciones, administraciones locales, inversores públicos o privados, accionistas o grupos de accionistas de empresas)
- *contenido del litigio* (desde la protección de los derechos humanos hasta el acceso a la información, la regularidad de las autorizaciones administrativas, etc.)
- *parámetro utilizado* (fuentes internacionales, deber de cuidado y diligencia debida de las fuentes internas, Código Civil, Código ambiental, Código penal, autorizaciones administrativas, contratos)
- *conducta censurada* (comisión, negligencia u omisión, actividad instantánea o continuada)
- *responsabilidad legal reclamada* (contractual, extracontractual por negligencia, objetiva, penal. administrativa, contable)
  - *régimen legal de la carga de la prueba*
- *perjuicio concreto denunciado* (perturbación de la paz pública, perturbación de los derechos de uso y disfrute de la propiedad, comercialización de un producto defectuoso, superación de los límites de emisión, humos y emisiones molestas, enriquecimiento injusto, actos emulativos y abuso de derecho, transparencia y veracidad de la información)
- *evento perjudicial denunciado* (eventos de tipo global, como consecuencia de las emisiones globales de CO<sub>2</sub>, o local, como incremento procedente de un comportamiento local).





## 10

**La especificidad del litigio climático en el "*Sur del mundo*", entre "reserva de ciencia" y "reserva de cultura" y "de naturaleza".**



## ¿Cuál es la base de esta distinción "geopolítica"?

Hay dos fundamentos normativo positivos:

- Apéndice I de la CMNUCC (con la diferencia entre los países desarrollados más responsables de las emisiones y otros países) y el criterio de "responsabilidad común pero diferenciada"
- la doble referencia, en el *Preámbulo* del Acuerdo de París, a las "culturas" que se reconocen en los derechos de la naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas.

Estas referencias normativas han alimentado el debate sobre la "culturalización" del derecho climático (en relación con los pueblos indígenas) y la "ecologización" del derecho climático (por ejemplo, mediante la declinación del criterio "in dubio pro natura" por el principio de precaución climática "in dubio pro clima"), colocando en el centro del discurso jurídico las referencias normativas y jurisprudenciales nacionales (en lugar de las comparativas) como demostración de esta especificidad "local" del litigio.

Cfr. Leite Morato, *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*, 2ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020; Osofsky, Hari, *The geography of emerging Global South climate change litigation*. Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational climate litigation: the contribution of the Global South*, 2020; Ayala & Mariana, *Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno*, in *10 Brazilian Journal of Public Policy*, 3, 2020).



## La variable del derecho informal y la "teoría de la carencia" (*Theory of Lack*) en los litigios climáticos

La consideración de la "especificidad" del "Sur del Mundo" como un contexto diferente de litigio climático deriva de dos consideraciones comparativas

- la presencia de un derecho "no oficial" de reconocimiento y protección de las prácticas de sostenibilidad funcionales a la preservación de la biodiversidad y la propia estabilidad climática;
- la crítica a las "lagunas cognitivas" de los juristas del derecho climático, acostumbrados a razonar sobre la "justicia climática" en una perspectiva unilateral y ajena a la riqueza de las prácticas "no oficiales" de sostenibilidad (la llamada "*Teoría de la Carencia*").

Cfr. Nader, *Law and Theory of Lack*, in 28 *Hasting Int.'l & Comp. L. Rev.*, 191, 2005

Ahora esta "carencia" también es reconocida por el PNUD

(ver <http://hdr.undp.org/en/content/2020-hdr-qa-why-local-and-indigenous-communities-are-vital-sustainable-human-development>).



## La clasificación del Sabin Center como confirmación de la " carencia"

Una confirmación de esta "carencia" se encuentra en el propio concepto de "litigio climático" proporcionado por la Columbia Law School y el Sabin Center for Climate Change Law: "[...] *cualquier litigio administrativo o judicial federal, estatal, tribal o local en el que las decisiones del tribunal planteen directa y expresamente una cuestión de hecho o de derecho relativa al fondo o a la política de las causas e impactos del cambio climático*" (Columbia Law School - Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, U.S. Climate Change Litigation), como si "*tribal*" fuera una variable homogénea a "*local*", "*federal*", etc...



# Especificidad reconocida por la CIDH

Esto explica por qué el litigio climático en el "Sur Global" es diferente y original de los que se originan en Estados Unidos y luego en Europa.

Esta especificidad está autorizadamente avalada por la jurisprudencia de la CIDH. Por ejemplo, en el caso "*Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*", la Corte IDH reconoció formalmente la violación del derecho humano al medio ambiente independientemente de los otros temas discutidos y enfatizó que este derecho implica no sólo obligaciones de respeto, sino también obligaciones de garantía, para prevenir violaciones. Además, en la Opinión Consultiva 23/17, la Corte reconoció el derecho al medio ambiente como autónomo y declaró las interconexiones entre las reivindicaciones medioambientales y los derechos humanos, incluidas las cuestiones relativas al cambio climático. En ambos casos, se destacó la dimensión comunitaria de la vulnerabilidad ambiental y climática, que también está vinculada a la cultura y la visión de la naturaleza de los vulnerables. La Corte, por tanto, parece sugerir el enfoque "holístico" de las cuestiones, incluidas las climáticas, que pide el Acuerdo de París.



## Crítica a la perspectiva del "*Sur Global*"

La crítica a la consideración de la "diferencia" en los litigios climáticos entre el "Norte" y el "Sur" recupera las teorías de la diferencia entre "Normas" y "Reglas". Argumentan que:

- las referencias "culturales" y "derechos de la naturaleza" son vagas y, por tanto, poco concluyentes en las decisiones de protección del medio ambiente, al igual que las "Normas" utilizadas en el derecho ambiental, cuya concreción requeriría un "capital humano" (de juristas en la judicatura o en los organismos administrativos) mucho más preparado e independiente que el existente en muchas realidades del "Sur";

- que la traducción en normas de las variables "culturales" y de los "derechos de la naturaleza" (como, por ejemplo, el criterio "in dubio pro natura") tiene poco efecto en la transformación de la realidad porque requiere la intervención del legislador o de los niveles superiores del poder ejecutivo, a menudo "capturados" por poderosos intereses económicos multinacionales (R. Gargarella).

Por consiguiente, defender una "especificidad" de los litigios climáticos "del Sur" sería una mera operación literaria, pero nada más.

Cfr. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law J.*, 42, 1992; Schäfer, *Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries*, in *Univ. Chic. Supreme Court Econ. Rev.*, 14, 2006.



## El caso de los derechos de la naturaleza

¿La invocación y protección judicial de los derechos de la naturaleza permite también la protección del sistema climático? ¿Son sinónimos pro-naturaleza y pro-clima?

La respuesta es: depende del caso; no hay reciprocidad entre proteger los derechos de la naturaleza y proteger el sistema climático. ¿Por qué? Por cuatro razones:

- Las urgencias no resueltas y de persistente actualidad no se refieren al abandono de los peligrosos recursos energéticos fósiles, sino exactamente lo contrario: un acceso justo a ellos, para alcanzar el desarrollo económico y humano o que aún falta.
- La utilización de los recursos existentes es el resultado de procesos extractivos, consumidos en detrimento de las comunidades marginadas de acceso a la energía, como las poblaciones indígenas o campesinas y las minorías étnicas.
- El impacto de esos procesos extractivos recae sobre territorios ricos en biodiversidad, indispensable para la Salud Planetaria, pero también de marginalización social de las comunidades residentes.
- Las decisiones judiciales que utilizan el principio “in dubio pro natura” recurren predominantemente a la ecología forense para reconocer el “valor intrínseco” de los ecosistemas, contra los intereses económicos extractivos, sin tener necesariamente en cuenta su función en el sistema climático y, por tanto, sin debatir directamente las cuestiones climáticas.

En definitiva, el escenario “pro-naturaleza” es expresivo de injusticias estructurales que inevitablemente repercuten en los discursos contra el cambio climático. En esto, las cuestiones de justicia social prevalecen sobre las de lucha eficaz contra la emergencia climática.





11

**La especificidad del litigio climático en el derecho de la UE: sistema multinivel; cuatridimensionalidad de los derechos humanos involucrados; calificación de la naturaleza "no significativa" del daño (*DNSH*).**



## ¿Existe una especificidad del litigio climático en el contexto de la UE?

En opinión de Osofsky y Peel (*The Role of Litigation in Multilevel Climate Change Governance: Possibilities for a Lower Carbon Future?*, 30 *Envtl. & Planning. L.J.*, 2013), el contexto supranacional o internacional no afecta a las características de un conflicto climático, cuyo punto central seguiría siendo la cuestión "climática" independientemente de cualquier otra variable, operando como "cuestiones periféricas de la demanda".

Esta homologación es negada por la práctica de la jurisprudencia (piénsese en la influencia de la mencionada jurisprudencia de la CIDH en el "giro ecocéntrico" de los litigios latinoamericanos) pero también por el derecho positivo (piénsese en la "europeización" del derecho internacional del clima provocada por los Reglamentos de la UE nn. 2018/842, 2018/1999, 2020/852, 2021/241, 2021/1119, 2022/857).

Por tanto, es metodológicamente incorrecto superponer litigios climáticos nacionales, supranacionales e internacionales, omitiendo los elementos determinantes de cada ordenamiento jurídico.



## Regulación multinivel y derecho climático (transformado en) multinivel

Por otra parte, el propio ejemplo europeo muestra cómo la dinámica multinivel condiciona al derecho climático de forma diferente al derecho medioambiental.

De hecho, el derecho ambiental opera a través de regulaciones locales que deben tener en cuenta las especificidades de los lugares, y esto puede causar las llamadas "distorsiones de elección pública" (*Public Choice Distortion*), que son frecuentes sobre todo en los niveles más bajos de gobierno (mala aplicación del derecho ambiental supranacional): cfr. Revesz, *Federalism and Environmental Regulation*, in Revesz, Sands, Stewart (eds.), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000.

Por el contrario, el derecho climático es un derecho "planetario" que vincula por igual a las organizaciones regionales y a los Estados (como reconoce explícitamente el Acuerdo de París). En consecuencia, este tipo de derecho no conoce "distorsiones de aplicación", porque cualquier "distorsión" supondría una violación del propio derecho climático.



## Confirmaciones en el ordenamiento de la UE

En la UE, todos los Estados miembros están incluidos en el sistema euro-unitario de fuentes climáticas, de acuerdo con lo que establece el Acuerdo de París sobre las organizaciones supranacionales y con lo que se deduce de la adhesión formal de la UE a la CMNUCC y precisamente al Acuerdo de París, así como de los Reglamentos de la UE nn. 2018/842, 2018/1999, 2020/852, 2021/241, que han "europeizado" el contenido de las fuentes internacionales, con las consecuencias de primacía y efecto útil, enmarcándolas también, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, en el contexto de la protección de los derechos [desde el "*caso Haegeman*" (asunto C-181/73) hasta el asunto C-66/18, en la que el Tribunal de Luxemburgo reiteró que la participación de la UE en un sistema internacional convencional (como la CMNUCC y el correspondiente Acuerdo de París) implica la inclusión de sus acuerdos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en términos de derecho real de la Unión, como tal invocable incluso en una acción por infracción, en virtud del art. 258 TFUE, que también es parte integrante del sistema de competencias entre la Unión y los Estados (como lo es, para la cuestión del cambio climático, el artículo 191 TFUE)].

Estos derechos implicados son identificables en cuatro niveles: derechos constitucionales; derechos de la "Carta de Niza"; derechos del CEDH (véase el art. 6 del TUE) y derechos humanos internacionales de fuentes "relacionadas" con las cuestiones del cambio climático (como los Pactos de la ONU de 1966, etc.). Esta compleja estructura está ahora oficialmente reconocida por el Reglamento de la UE n. 2020/852, que introdujo el enfoque proactivo de la lucha contra el cambio climático a través del llamado mecanismo DNSH (actuar en la mitigación del clima sin producir daños significativos en cualquier otro objetivo medioambiental).



## **La importancia del Reglamento de la UE n° 2021/1119**

En 2021, se produce un fenómeno sin precedentes en la historia del derecho. Por primera vez, un ordenamiento jurídico supranacional adopta una fuente jurídicamente vinculante, el Reglamento de la UE n° 2021/1119, que contiene obligaciones y restricciones vinculantes para combatir la emergencia climática y define el marco jurídico para la eliminación de la situación de peligro en el territorio europeo.

Las principales características de esta fuente jurídica son las siguientes:- plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030;- Definición del umbral mínimo de seguridad del sistema climático europeo para 2030 ("al menos un 55% de reducción de las emisiones totales europeas");- obligatoriedad de la "neutralidad climática" de todo el territorio europeo a más tardar en 2050;- aplicación de esta obligación a todos, es decir, a los Estados y a las actividades económicas, es decir, también a las empresas que operan en la UE;- obligación de imponer la neutralidad climática a las mercancías que entran en el territorio de la UE. Se trata de un sistema jurídico revolucionario en materia climática, ahora cuestionado por la guerra de Ucrania.



## La «Carta de Niza-Estrasburgo» como elemento determinante de los litigios climáticos

Otro elemento que caracteriza el contexto europeo se refiere al papel del juez nacional.

Dado que la “materia” de la lucha contra el cambio climático es competencia compartida entre la UE y los Estados (art. 191 del TFUE), el juez nacional actúa para ella como juez “comunitario” (o "europeo"). Esto significa que está sujeto a los artículos 51-54 de la “Carta de Niza-Estrasburgo” y que el juez debe garantizar el llamado “orden público europeo” indicado en el art. 6 TUE, que, a su vez, también hace referencia al CEDH.

¿Significa esto que el órgano jurisdiccional debe limitarse a asegurar la aplicación del Derecho europeo? No, por dos razones: porque, en cualquier caso, los acuerdos climáticos internacionales vinculan a los Estados con independencia de su participación en organizaciones internacionales (como indican la CMNUCC y el Acuerdo de París); porque, en materia climática concurrente, las obligaciones y objetivos europeos pueden ser complementados por el Estado miembro “in melius” (art. 193 TFUE).

Así, el juez de los litigios climáticos se convierte en juez de la "mejora" de las normas europeas en el contexto de cada Estado miembro.





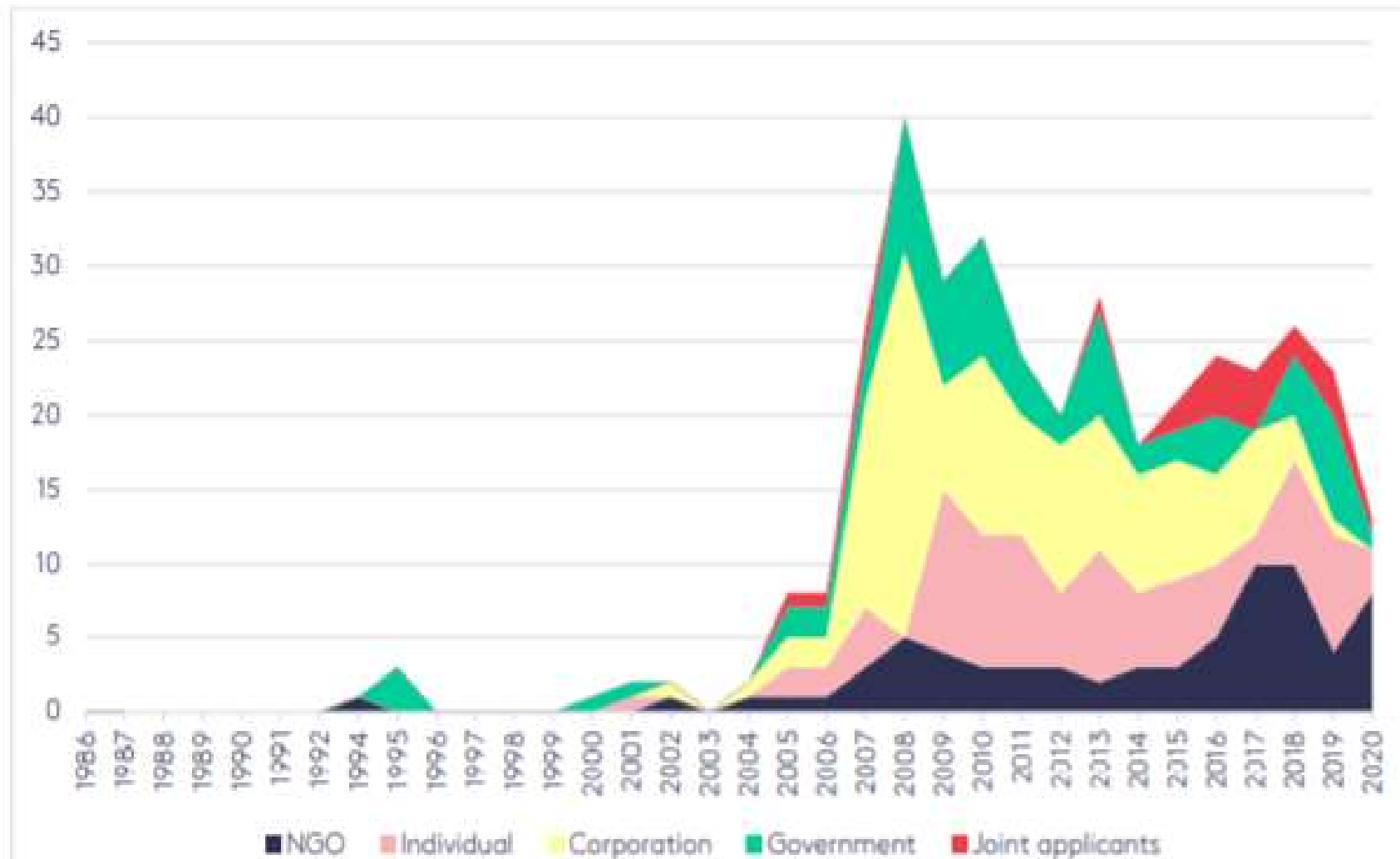
12

**La especificidad del litigio contra multinacionales: la centralidad de la información sobre el riesgo para los "*stakeholders*" y "accionistas"**



# Litigios contra las empresas y tipo de demandantes

b) Cases outside the United States, by plaintiff type, 1986–May 2020





## ¿Los litigios contra las empresas tienen características diferentes a los litigios contra los Estados?

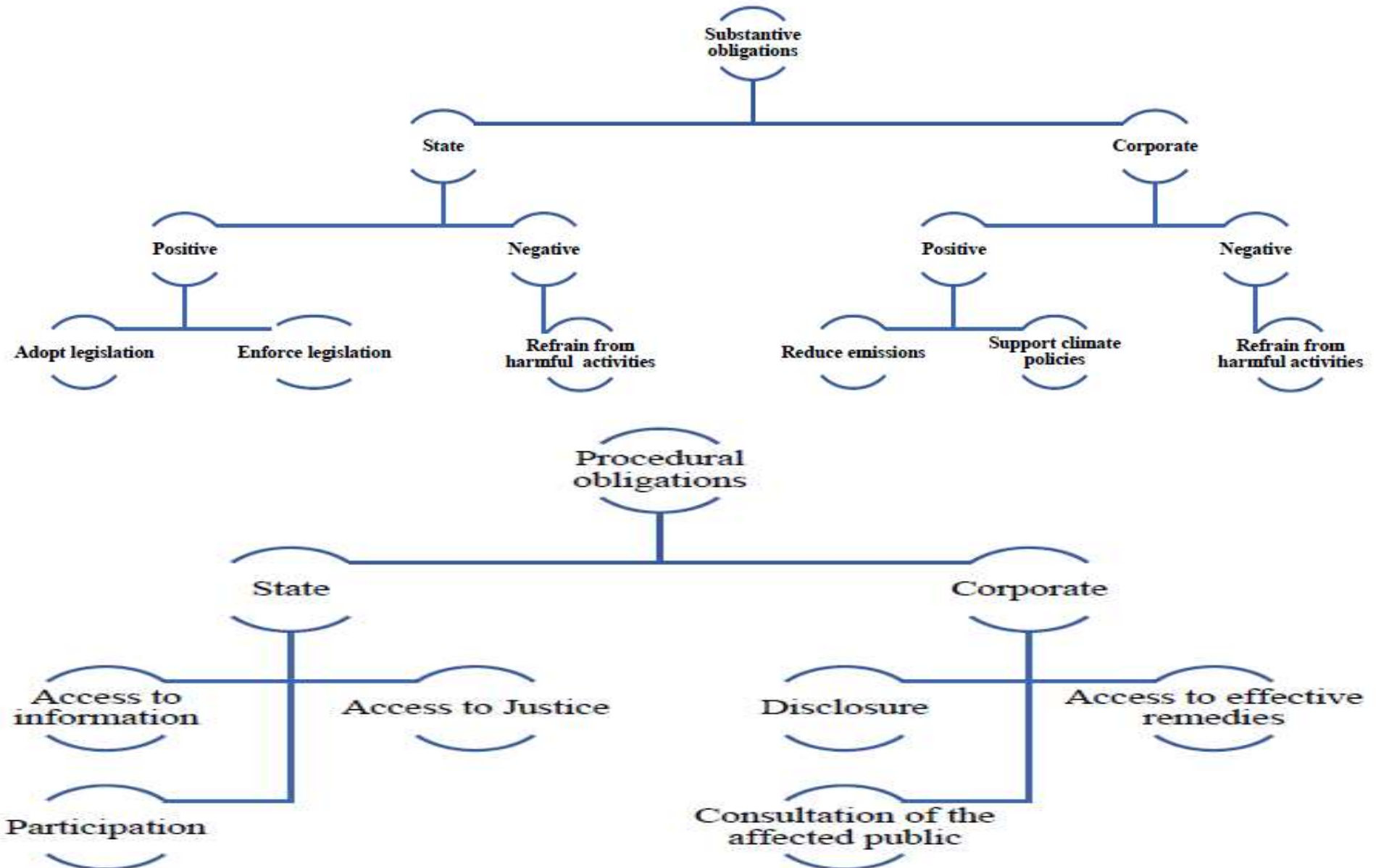
En realidad, no, porque la obligación climática (tal como la identifican los artículos 2-6 de la CMNUCC: ver el párrafo 1 anterior) identifica obligaciones sustanciales y de procedimiento previstas para cualquier "acción" que produzca gases de efecto invernadero, incluso si procede de un particular. La Convención vincula formalmente a los Estados, pero la obligación climática identificada en ella se refiere a cualquier actividad, independientemente de la naturaleza del tema del "cambio climático". El hallazgo ha sido confirmado ahora por la sentencia holandesa "*Shell Case*" (cfr.

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337>). Además, en la UE, debe tenerse en cuenta la "sentencia Demirel" (C-12/86) sobre la aplicación directa de normas individuales de los Tratados a los que se adhiere la UE.



# ¿Qué obligaciones prevalecen en los litigios con empresas?

Prevalece la referencia a las obligaciones procesales





# Conclusión general: el “*juez climático*”

¿Qué tipo de juez debe ser el que decida sobre cuestiones climáticas?

O un

*Juez "consecuencialista"* (cuestiona las consecuencias "políticas" y "sistémicas" de sus decisiones)

O un

*Juez "estratégico"* (que modula sus decisiones en función del "valor salvífico" de la lucha contra el cambio climático)

O un

juez naturalista (que respeta las leyes de la naturaleza que subyacen en el sistema climático, como reza el art. 2 de la CMNUCC)

Ver: Epstein, Weinshall, *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2021





# *Bibliografia*



## Fuentes de conocimiento y comapración de litigios climáticos *en general*

- *Climate Change Litigation Database (Sabin Center Columbia University):* <http://climatecasechart.com/>; *Climate Rights and Remedies Project (CRRP)–Climate Rights Litigation Database:* <https://climaterightsdatabase.com/>; *Climate Change Litigation Initiative:* <https://www.c2li.org/>; *Business and Human Rights Resources Center:* <https://www.business-humanrights.org/>; *BIICL:* <https://www.biicl.org/index>; *OECD Watch;* <https://www.oecdwatch.org/>; *Bollettino delle Giornate italiane di diritto e giustizia climatica:* <https://www.facebook.com/groups/giustizia.climatica>

### *en América Latina*

- *Plataforma de litigio climático para América latina y el Caribe:* <https://litigioclimatico.com/es>; *Observatorio Latinoamericano de Justicia Ecológica y Climática;* *Plataforma de Litigância Climática no Brasil:* <https://www.litiganciaplimatica.juma.nima.puc-rio.br/listagem/visualizar>; *Observatorio Argentino de Litigación Climática:* <http://climalitiga.com.ar/>; *Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza (Ecuador):* <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/> *Cumbre Parlamentaria de Cambio Climático y Transición Justa en América Latina y el Caribe:* <https://www.cepal.org/en/node/58810>; *LatinClima. Red de comunicación en cambio climático:* <https://latinclima.org/>; *Plataforma Latinoamericana y del Caribe por la Justicia Climática:* <https://www.facebook.com/search/top?q=plataforma%20latinoamericana%20y%20del%20caribe%20por%20la%20justicia>



# Sobre la fórmula y las declaraciones de emergencia climática

Aquí la fórmula científica y las fuentes de referencia

<https://globaia.org/planetaryemergency>

Estos son los reconocimientos oficiales

(ONU-PNUMA)

<https://www.unep.org/explore-topics/climate-change/facts-about-climate-emergency>

(OECD)

<https://www.oecd.org/naec/confronting-planetary-emergencies/>

(Club de Roma)

<https://www.clubofrome.org/publication/the-climate-emergency-plan/>

Estas son las declaraciones de emergencia repartidas por todo el mundo

<https://climateemergencydeclaration.org/climate-emergency-declarations-cover-15-million-citizens/>

Infografía de las negociaciones sobre el clima en la UE

[https://www.europarl.europa.eu/infographic/climate-negotiations-timeline/index\\_it.html#event-2020-10-07](https://www.europarl.europa.eu/infographic/climate-negotiations-timeline/index_it.html#event-2020-10-07)

Perspectiva del «*Sur Global*»

<https://co.boell.org/es/2020/05/22/litigio-climatico-en-el-sur-global-versus-justicia-climatica-puede-el-deber-de>



# Bibliografía mínima

<https://www.cedeuam.it/diritto-climatico/>

## Formantes doctrinales que han dirigido o influido en el formante jurisprudencial

Cox, *Revolution Justified*, Maastricht, Planet Prosper. Found, 2012

Peel, Osofsky, *Climate Change Litigation*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020

Peel, Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, 7 *Transnational Environmental Law*, 37, 2018;

Preston, *Mapping Climate Change Litigation*, 92 *ALJ*, 2018

Setzer, Rebecca, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*.

Wood, *Atmospheric trust litigation*, in Burns & Osofsky (ed.) *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2009

Wood, Woodward, *Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last*, in 6 *Wash. J. Environ. Law Policy*, 2, 2016

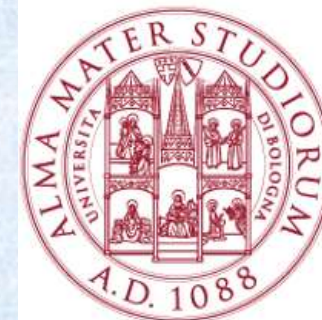
## Principales fuentes de formantes científicos utilizados en los litigios climáticos

Revistas del Grupo "Nature", *PNAS*, *Bioscience*; *Geophysical Research Letter*

## Principales paneles científicos utilizados en los litigios climáticos

IPCC; IPBES; WMO; IEA; OMS





*Grazie*

[www.cedeuam.it](http://www.cedeuam.it)

[www.analisielogicadeldiritto.it](http://www.analisielogicadeldiritto.it)

[michele.carducci@unisalento.it](mailto:michele.carducci@unisalento.it)