

## DESAFÍOS JURÍDICOS EN MIRAS A LA COP 20, PERÚ 2014

Boletín Nº 4: Junio 2014

### Editorial<sup>1</sup> (CR)<sup>2</sup>

El fenómeno del cambio climático y su multidimensionalidad de impactos genera, como consecuencia de ello, replanteamientos en todas las esferas del quehacer humano. Una de ellas es la responsabilidad en el plano jurídico. En efecto, es relativamente sencillo determinar quiénes son los afectados por el cambio climático en sus modos de vida o en sus bienes, sin embargo resulta complejo identificar quiénes son los responsables de tales afectaciones. En el marco de las negociaciones internacionales de cambio climático, esta cuestión ha sido debatida a propósito de las pérdidas y daños o *loss and damage*, en inglés. A este propósito los países en desarrollo han planteado la necesidad de generar un mecanismo de compensación. De ahí la creación del "Mecanismo Internacional de Varsovia", que busca crear fórmulas de asesoramiento y apoyo para países en desarrollo, con el fin de enfrentar los daños y pérdidas. En consideración a la relevancia, complejidad y ambigüedades existentes en la materia, es que el comité editorial del presente Boletín ha decidido abordar en el presente número el tema de la responsabilidad en materia de cambio climático y sus alternativas para abordarla.

### Entrevista mensual: Responsabilidad en materia de cambio climático

**Laurent Neyret**, Profesor de derecho ambiental y de la salud de la Universidad de Versailles Saint-Quentin en Francia, entregó su punto de vista sobre la responsabilidad en materia de cambio climático.



#### Combinación de responsabilidades

Según Laurent Neyret, se necesita una combinación de medidas jurídicas para lograr una eficiencia óptima en la lucha contra el cambio climático. Para ello plantea una combinación de responsabilidades: la responsabilidad civil en cuanto a la reparación; administrativa respecto de la prevención; y penal en relación a las sanciones. Lo anterior exige una modernización de los conceptos tradicionales en materia de responsabilidad.

#### La modernización de la responsabilidad civil: de la responsabilidad a la indemnización

Para el entrevistado es necesario reflexionar sobre las particularidades jurídicas del cambio climático, en relación con el concepto clásico de la responsabilidad civil. A su juicio, en este ámbito del cambio climático es necesario enfocarse más en la indemnización que en el concepto tradicional de responsabilidad civil, para así institucionalizar un sistema de colectivización del riesgo. Se trata de pasar, como lo señala el Profesor Lambert-Faivre, de "una deuda de responsabilidad", a un "crédito de indemnización". Lo anterior lo justifica por una parte, por la dificultad de determinar quién es responsable del daño o pérdida producida por el cambio climático ("deudor de responsabilidad") y por otra, por la mayor facilidad de identificar a las víctimas de reparación ("acreedor de indemnización"). En esta óptica, Laurent Neyret considera que deberían crearse regímenes especiales de responsabilidad en materia de cambio climático, que reconozcan ciertas "clases" de responsables (como los industriales, los propietarios de vehículos), que tengan la obligación de aprovisionar fondos de manera anticipada para la satisfacción de indemnizaciones para los daños y pérdidas futuras que puedan acontecer en este ámbito,

conforme al principio del que contamina paga. En este contexto el potencial responsable (industriales, propietarios de vehículos u otros) se haría cargo de los riesgos de su actividad frente a daños y pérdidas provocadas por el cambio climático, a través del aprovisionamiento anticipado, pero también de la indemnización que tenga lugar una vez ocurrido el daño o pérdida.

#### Responsabilidad administrativa por deficiencia culposa

Otra alternativa de responsabilidad en materia de cambio climático, puede encontrarse en el ámbito de la responsabilidad administrativa. Ésta goza de ventajas comparativas desde el punto de vista de su implementación, pues solo exige probar la culpa del Estado, por ejemplo, por el retraso en la identificación de las causas del cambio climático. Al respecto es posible recordar los casos del amianto<sup>2</sup> o nitratos en Bretaña<sup>3</sup>, en el marco de los cuales el Estado Francés fue condenado por negligencia culpable. El riesgo de condena del Estado, hace suponer que éste tendrá una fuerte motivación para emprender acciones para evitarla. Bajo esta perspectiva, la sociedad civil tendría a su disposición una herramienta de control de la actividad de aquellos Estados, cuyas políticas en materia de cambio climático sean pusilánimes.

#### "Fiscalidad verde"

En Estados Unidos, algunos industriales han sido enjuiciados por emitir gases de efecto invernadero (GEI) y contribuir al cambio climático<sup>4</sup>. Según el entrevistado, entre las dificultades para asegurar el éxito de estas acciones judiciales se encuentra la determinación del nexo causal. Lo anterior se explica por el gran número de responsables involucrados en los efectos del cambio climático, hecho que diluye el vínculo entre la causa y el daño provocado. En este contexto, sólo es posible obtener una condena cuando es posible establecer una responsabilidad colectiva, en cuyo caso se advierten complejidades adicionales, por ejemplo para determinar el monto de la compensación. Para Laurent Neyret, este sistema constituye una aplicación del principio contaminador-pagador pero también una forma de injusticia. Al respecto precisa que dado que solamente una parte de los contaminadores pagarán, estaremos aplicando la teoría de "big pocket", donde se demanda a aquel que posee la capacidad financiera para responder. A su juicio, condenar preferentemente a los industriales, constituye una solución imperfecta. En este

## DESAFÍOS JURÍDICOS EN MIRAS A LA COP 20, PERÚ 2014

Boletín Nº 4: Junio 2014

orden de ideas propone un sistema de “fiscalidad verde” proporcional a la huella ecológica y bajo la condición que los impuestos recaudados por este concepto sean redistribuidos de manera útil en dicho ámbito.

### Infracción penal (delito penal)

En último lugar, para los comportamientos más graves, es decir intencionales con resultados de daño grave e irreversible, especialmente en materia de “tráfico de derechos de emisión de gases de efecto invernadero” (GEI) y/o destrucción consciente y voluntaria del medio ambiente (como la deforestación), es necesario crear figuras penales de carácter internacional. Para ello es necesario contar con una definición común del delito y armonizar el sistema de sanciones, estableciendo sanciones mínimas. Lo último, con el fin de evitar el “dumping ecológico”, para que los países menos exigentes en términos de políticas climáticas tengan impedimentos para atraer empresas motivadas por rebajar las exigencias normativas del cambio climático en materias ambientales, sociales y/o fiscales.

### Conclusión

Por último, Laurent Neyret destaca que tener el coraje de hacer evolucionar el derecho es admitir que las nociones avancen porque el derecho es un medidor social. Sin embargo, hay que tener presente que vivir en nuestra sociedad implica la existencia de intereses en conflicto que requieren ser mantenidos en equilibrio. No se trata de estigmatizar una parte de la población o algunos Estados, sino encontrar un equilibrio entre interés económico, ecológico y humano.



### “EL DERECHO PENAL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: A PROPÓSITO DE LA ENTREVISTA AL PROF. LAURENT NEYRET”

Juan Pablo Mañalich R.

*Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (2008); profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.*

Hacia el final de la entrevista que se me ha solicitado comentar, el Prof. Neyret observa que, desde un punto de vista jurídico, lo que estaría en juego en el “combate del cambio climático” es “el coraje de hacer evolucionar el derecho”. Sin que sea necesario o pertinente examinar aquí los méritos de esta última afirmación, no deja de ser llamativo que, en lo concerniente a las innovaciones que serían requeridas en materia de derecho penal, el Prof. Neyret circunscriba su recomendación a la tipificación de delitos “de carácter internacional” correspondientes a “los comportamientos más graves, es decir intencionales con resultados de daño grave e irreversible”. Es innegable, desde luego, que la preocupación frente a la posibilidad de dumping ecológico puede hablar decisivamente a favor de una homogenización internacional de los regímenes de punibilidad y penalidad aplicables tratándose de los delitos ambientales de mayor gravedad. Pero la pregunta crítica, entonces, tendría que ser la siguiente: ¿cuál ha de ser la caracterización de las formas de comportamiento cuyo impacto ambiental amerite la aplicabilidad de tales regímenes?

En un muy influyente artículo, publicado el año 1993, y que resultara determinante para la posterior discusión doctrinal en cuanto al así llamado “derecho penal ambiental”, el penalista alemán Lothar Kuhlen enfatizaba la urgencia de “la búsqueda de nueva dogmática”. Un componente particularmente signifi-

cativo de la dificultad que aquí enfrentamos, está representado por la especificidad de lo que el propio Kuhlen denominaba “bienes jurídicos ecológicos”, cuya protección jurídico-penal no parecería fácil de reconducir a la tradicional tripartición de las formas de menoscabo operada a través de la distinción entre los conceptos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto. Ello se ve confirmado por la manera en que contemporáneamente se discute, entre otras cuestiones, acerca del así llamado “principio precautorio” para la (re-)elaboración de las técnicas de protección jurídico-penal de “bienes jurídicos ecológicos”. Pues si el principio precautorio se deja entender, mínimamente, como el desiderátum de un impedimento de afectaciones ambientales ya en el campo previo al peligro de daño, entonces se vuelve enteramente comprensible que la categoría de la precaución, así presentada, devenga prima facie incómoda para cualquier esfuerzo de teorización del derecho penal que se muestre comprometido con la vigencia del así llamado “principio de lesividad” o “principio del daño” (harm principle).

¿Cuál puede ser, entonces, la legitimidad de la criminalización de una forma de comportamiento, cuyo “impacto” se reduce a sobrepasar, quizá ínfimamente, el umbral del remanente de riesgo socialmente tolerado en condiciones de incertidumbre sistémica? En atención a esta última pregunta, se vuelve reconocible el imperativo metodológico de mediatizar la implementación legislativa del principio del daño en este contexto, en términos de un modelo “accesoriedad administrativa”, tal como ello entra en juego, por ejemplo, en la tipificación de delitos de tráfico de permisos de emisión, acertadamente mencionados por el Prof. Neyret.

## DESAFÍOS JURÍDICOS EN MIRAS A LA COP 20, PERÚ 2014

Boletín Nº 4: Junio 2014

Notablemente, esa vía fue propuesta por Joel Feinberg -en su Harm to Others, de 1984- en pos de reconciliar la criminalización de formas de comportamiento bajo el paradigma de lo que él mismo llamara “daños cumulativos”, por un lado, con el ya mencionado principio del daño, por otro. Feinberg analizaba el problema en referencia a ámbitos en los cuales una determinada tasa agregada de emisión (de una sustancia de cierto tipo) llevaría aparejada la producción de un daño ambiental. Puesto que en estos ámbitos enfrentaríamos una nada despreciable “oscuridad en la imputación” si pretendiésemos aislar una específica instancia de comportamiento cuya invocación pudiera explicar el resultado de contaminación total, Feinberg observaba que una apelación directa al principio del daño como guía para una decisión legislativa de criminalización devendría del todo vacía, y en tal medida inútil. Antes bien, lo imprescindible sería acoplar la correspondiente decisión de criminalización, en el sentido de una intervención legislativa estrictamente secundaria, a la regulación administrativa de cuotas variables de emisión, de modo tal que la vulneración del límite así fijado pueda ameritar la imposición de una sanción penal.

En semejante modelo de accesoriadad administrativa de la regulación jurídico-penal aparece una vía prometedora, y a esta altura irrenunciable, para “hacer evolucionar el derecho” frente al desafío de la contención del cambio climático.

### “EL DERECHO CIVIL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: A PROPÓSITO DE LA ENTREVISTA AL PROF. LAURENT NEYRET”

Mauricio Tapia R.

*Profesor de derecho civil, Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile*

El cambio climático es una hipótesis típica de daños con causas y responsables difusos. Incluso, en ocasiones los daños y las víctimas son también difíciles de precisar. Por ello, presenta grandes desafíos para los sistemas de responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad civil, lo propuesto por el profesor Neyret obedece a una ya antigua idea de transformar esta institución civil en una figura de la seguridad social, esto es, un sistema donde poco importa el responsable, pues lo relevante es indemnizar a las víctimas. Por más loables que sean esos propósitos, lo cierto es que esa posición desconoce que la res-

ponsabilidad civil es un instrumento esencialmente de justicia en relaciones interpersonales. Se indemniza porque alguien cometió un ilícito que generó daños a otro, de tal forma que la indemnización es un imperativo de justicia correctiva que restituye el equilibrio roto entre las partes.

Los fondos de garantía no obedecen a esa lógica, pues se trata simplemente de instrumentos de seguridad social distributivos de un riesgo, que no se preguntan por un equilibrio roto (de hecho, proceden incluso sin un responsable identificado), sino simplemente por la necesidad de indemnizar en todo evento a las víctimas. Es un error creer que la responsabilidad civil pueda cumplir esa función, pues tiene otros propósitos y sobre todo no tiene las herramientas para lograrlo. En tal caso, es mejor plantear de otra forma la proposición: en materia de cambio climático necesitamos fondos de indemnización, a los que aporten todos quienes contribuyen con su actividad a generar esa transformación. Pero tales fondos se asignarán a víctimas con criterios propios del derecho asistencial, donde la responsabilidad civil tiene bien poco que agregar.

En segundo lugar, lo que el profesor Neyret entiende por responsabilidad administrativa, es nuestro medio no es otra cosa que la responsabilidad del Estado, sujeta -a diferencia del sistema francés- a las reglas propias de la responsabilidad civil. Efectivamente, esta responsabilidad, fundada en Francia y en Chile en la negligencia, tiene la ventaja de eludir el problema de identificación del responsable, pues se trata de hacer pagar al Estado por sus acciones u omisiones en materia de cambio climático, siempre que generen un daño cierto a determinadas víctimas. No obstante, este sistema se enfrenta a un problema mayor: los daños provenientes del cambio climático tienen usualmente causas y responsables difusos (por ejemplo, los gases efecto invernadero) y no son nítidos los deberes estatales al respecto. Sería necesario, en tal caso, la enumeración previa en la ley de deberes claros del Estado en la materia, por ejemplo, en cuanto a la autorización de industrias y explotaciones que inequívocamente tengan ese efecto. Sólo una infracción de tales reglas podría constituir para el Estado una hipótesis de responsabilidad. De lo contrario, el Estado, es decir, todos nosotros, terminaremos pagando un daño provocado por entes privados, situación evidentemente injusta.

Por último, en cuanto a la responsabilidad penal, coincido con el entrevistado en la necesidad en avanzar, por acuerdos internacionales, en la tipificación de delitos ambientales en la materia, reservados para las conductas más graves y nocivas. Esto porque su efecto disuasivo es indiscutible.

<sup>1</sup> El editorial del presente boletín fue realizado por Ana Lya Uriarte, Investigadora Asociada del Centro de la ciencia del Clima y la Resiliencia. El equipo editorial del presente boletín está compuesto por Pilar Moraga, Investigadora Principal de Dimensión Humana (CR)<sup>2</sup>, Investigadora Centro de Derecho Ambiental, Noémie Kugler, asistente de investigación (CR)<sup>2</sup>, Rodrigo Mella, CISDL ([www.cr2.cl](http://www.cr2.cl)); <http://www.derecho.uchile.cl/cda>; <http://www.cisdsl.org>)

<sup>2</sup> Conseil d'État, 2ème sous-section, 3 marzo 2004, Nº 241153, MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITE c/ consorts X; Conseil d'État, 2ème sous-section, 3 marzo 2004, Nº 241152, MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITE c/ consorts T.

<sup>3</sup> Cour Administrative d'Appel de Nantes, 2ème Chambre, 22 marzo 2013, 12NT00342, Inédit au recueil Lebon.

<sup>4</sup> LEXSEE 406 F. SUPP. 2D 265 STATE OF CONNECTICUT, et al., Plaintiffs, -against- AMERICAN ELECTRIC POWER COMPANY, INC., et al., Defendants; Native Village Of Kivalina v. Exxonmobil Corporation. Notice of Appeal. 2009-11-05