



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y CAMBIO CLIMÁTICO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

BELTRÁN FLORES URZÚA

PROFESOR GUÍA: CRISTIÁN BANFI DEL RIO

SANTIAGO

OCTUBRE DE 2019

Me gustaría agradecer a todos los que, de una u otra manera, me apoyaron en el desarrollo de este trabajo. En especial, a mi familia, amigos y maestros.

Agradezco también, muy sinceramente, al profesor Cristián Banfi por su apoyo en el desarrollo de las ideas que se plasmaron en este texto. Su constante dedicación y disponibilidad permitieron que este trabajo avanzara en forma fluida y muy grata para su autor.

Everybody knows the boat is leaking

Everybody knows the captain lied

Leonard Cohen.

CONTENIDO

Introducción.....	1
Capítulo I: Origen de la responsabilidad civil extracontractual, justicia correctiva y daño.....	2
A. Surgimiento y evolución de la responsabilidad civil extracontractual.	2
1. Origen romano de las reglas de responsabilidad civil extracontractual	2
2. Transición desde las reglas romanas hasta el derecho moderno codificado	7
B. Estructura y función de la responsabilidad extracontractual.....	13
1. Estructura, evolución y flexibilidad histórica de la idea de responsabilidad.....	13
2. Aclaraciones previas. El enfoque en el individuo de la responsabilidad y el sentido de preguntarse por su estructura y función.....	14
3. Principales posturas en torno a la estructura y función de la responsabilidad civil. La justicia correctiva y la concepción instrumental del derecho	16
a) La justicia correctiva	17
b) La concepción instrumental de la responsabilidad civil	24
4. El daño a un individuo como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual.	27
a) En la justicia correctiva.....	28
b) En la concepción instrumental de la responsabilidad civil.....	28
c) Conclusión.....	29
Razones y anti-razones para el cambio	30
El rol del daño entendido desde la totalidad del ordenamiento.	31
El rol del daño entendido como el motor de la responsabilidad civil	32
C. Ideas finales: el encanto de la responsabilidad civil.	33
Capítulo II: El cambio climático como paradigma del conflicto anti-civil. Conflictos de la litigación climática	36
A. Introducción: la litigación climática en el contexto del cambio global.....	36
B. Conflictos de derecho civil asociados a la litigación climática	43
1. Primer conflicto: riesgos del cambio climático y aceptación social.....	44

a) El daño como concepto normativo indeterminado.....	44
b) El Casino del clima. Aceptación social de los riesgos asociados al cambio climático.....	45
2. Segundo conflicto: incertidumbre.....	47
a) Certidumbre del daño.....	47
b) El calentamiento global como problema de certezas.....	48
c) Incertidumbre en torno a las medidas.....	51
3. Tercer conflicto: inexistencia de un daño individual.....	52
a) Introducción. El calentamiento global como el más colectivo de los daños colectivos.....	52
b) El problema de la función limitadora del daño en las acciones que buscan la protección de bienes comunes.....	54
c) La desconfianza por los actos de gracia en el ordenamiento civil.....	56
El diseño del sistema de derechos civiles.....	57
El rechazo al enriquecimiento sin causa.....	58
Evitar el desarrollo de la ‘industria litigiosa’.....	59
C. Conflictos políticos y procesales asociados a la litigación climática.....	60
1. Primer conflicto: separación de poderes y la legitimidad de los tribunales en las decisiones de política pública.....	61
2. Segundo conflicto: crítica ‘epistemológica’. La falta de capacidad de los tribunales para conocer de asuntos científicamente complejos, y el estándar de prueba.....	64
a) La (in)competencia de los tribunales para lidiar con asuntos científicamente complejos.....	64
b) La convicción. En la ciencia y en el derecho.....	65
3. Tercer conflicto: falta de flexibilidad en la determinación del remedio.....	66
4. Cuarto conflicto: cosa juzgada y políticas públicas.....	67
D. Ideas finales: el caso para la regulación.....	68
Capítulo III: la litigación climática global y el régimen chileno de responsabilidad por daño ambiental.....	71
A. Introducción. La responsabilidad ambiental como técnica de regulación mixta.....	71
1. Cambio climático, responsabilidad extracontractual y derecho público.....	71
2. La acción ambiental del derecho chileno como régimen mixto.....	72

a) La diversidad de las acciones contempladas en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente	72
b) La relación entre el régimen de responsabilidad ambiental y el cumplimiento de la regulación. La excusa del artículo 55, los planes de reparación y la función pública ...	73
B. Conflictos de derecho civil de la litigación climática analizados en el contexto de la acción de reparación ambiental.	75
1. Inexistencia de una afección a intereses particulares y el daño ecológico puro como objeto del sistema de responsabilidad por daño ambiental	75
a) Renuncia a la estructura correctiva propia del derecho civil.....	76
b) Parcial irrelevancia del daño sufrido por el demandante.....	78
c) Desaparición del riesgo de enriquecimiento injusto y de expansión de la industria litigiosa.....	81
2. La incertidumbre del daño y la aplicación de los principios preventivo y precautorio	82
a) El principio preventivo	84
b) El principio precautorio	86
C. Conflictos procesales.	89
1. Separación de poderes y legitimidad de los tribunales en decisiones de política pública	90
a) La creación de la acción ambiental, su naturaleza mixta, la separación de poderes y la creación de tribunales especiales	91
El juez y la responsabilidad civil extracontractual	91
El juez y la responsabilidad ambiental.....	92
b) Argumento político: la aparición del ‘Estado Regulador’ y el peso de la regulación administrativa en relación a la ley	95
c) Argumento técnico: el avance de la ‘ciencia climática’ y el control judicial	97
2. La crítica epistemológica. Falta de capacidad técnica de los tribunales para tomar decisiones técnicamente complejas.....	100
3. El objeto de pedir en el juicio por daño ambiental y la amplitud de condenas posibles	102
4. Superación del carácter estático de la cosa juzgada en base al principio precautorio: cosa juzgada provisional.....	103
D. Ideas finales: la acción de reparación del daño ambiental como vía más adecuada para la litigación climática extracontractual.....	108

Capítulo IV: Conclusiones: la vida pública del derecho privado	112
A. La necesidad de contar con nuevas formas de regulación.....	113
B. Ventajas de un modelo público basado en figuras de derecho privado.....	116
1. Generación de información en torno al daños y formas de prevenirlo.....	116
2. Legitimación del actuar administrativo	117
3. Provisión de un sistema de fiscalización y control descentralizado en ámbitos de difícil fiscalización y cumplimiento	118
C. Conclusiones	120
Bibliografía.....	125
Textos consultados	125
Jurisprudencia Consultada.....	137
Alemania.....	137
Australia	137
Bélgica	137
Canada	137
Chile	138
Estados Unidos	138
Nueva Zelanda	139
Países Bajos.....	139
Pakistan.....	140
Polonia	140
Reino Unido	140
Sudáfrica	140
Ukrania	140
Unión Europea.....	140
Sitios de internet consultados.....	140

INTRODUCCIÓN

En siglo II antes de Cristo el dueño de un pequeño departamento en Roma instala una 'taberna de quesos', contaminando el aire y causando la molestia de los vecinos y habitantes de los pisos superiores. El año 2008, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de Estados Unidos determinó que debido al incremento en el nivel del mar, la aldea nativa de Kivalina, en Alaska, debía ser íntegramente trasladada, evitando así las frecuentes emergencias por marejadas que cubren la aldea.

En ambos casos se presentaron recursos judiciales y se intentó resolver el asunto haciendo uso de las reglas y principios de la responsabilidad extracontractual. La diferencia entre ambos problemas, sin embargo, le hace justicia a la distancia de 2.000 años que los separa.

Este trabajo busca analizar cómo es que un mismo sistema de normas, basado en unas pocas reglas y elementos, puede ser invocado para resolver situaciones tan diferentes. En concreto, se pretende dilucidar si las antiguas reglas de la responsabilidad extracontractual pueden contribuir a enfrentar el cambio climático.

Este trabajo consta de cuatro capítulos. En el primero, se muestran los rasgos esenciales del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En el segundo, este sistema es confrontado a los desafíos que plantea el calentamiento global, concluyéndose que éste debe ser, ineludiblemente, materia de regulación pública. Con esta base, el tercer capítulo distingue la pregunta acerca del rol que desempeña la regulación, de la pregunta sobre la forma de cumplir esa función, afirmándose que la acción ambiental es un régimen de derecho público mixto, que importa algunas instituciones y figuras de derecho civil y las aplica en la persecución de fines públicos. El capítulo final concluye evaluando las ventajas de un modelo semejante.

A. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

El objetivo de esta memoria es analizar cómo funcionan las reglas de responsabilidad civil de nuestro derecho, en especial las referidas al daño, cuando son enfrentadas a un fenómeno tan complejo como el calentamiento global.

En la medida que dichas reglas exceden en más de 2.000 años la aparición del fenómeno al que ahora son enfrentadas, y entendiendo que las normas jurídicas siempre están llamadas a la resolución de conflictos de carácter práctico, conviene iniciar el análisis del asunto haciendo una breve presentación sobre el origen de dichas reglas, así como de las estructuras y problemas básicos que, a lo largo de estos veinte siglos, las han ocupado.

Con ello no se pretende encontrar un argumento incontestable que niegue cualquier relevancia que el derecho civil pueda tener en el enfrentamiento del calentamiento global, ni tampoco la evidencia clara de su idoneidad para este fin. Se trata, simplemente, de dar con algunos de los rasgos esenciales de este sistema y, a partir de allí, continuar con la discusión en torno al rol que a éste pueda caber en dicho enfrentamiento.

1. Origen romano de las reglas de responsabilidad civil extracontractual

En el centro de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra un hecho: la producción de un efecto negativo de una persona a otra. La posibilidad de que esto ocurra, y la consecuente reacción de venganza o compensación, son tan antiguas que su origen se pierde en los inicios de nuestra especie. Posiblemente incluso le anteceda. Por eso, la idea de retribución por un acto dañoso, que hoy llamaríamos injusto, antecede a la aparición del derecho y, en sus versiones sociales más básicas, se encuentra en formas más o menos sofisticadas de venganza.¹

¹ Sobre estas formas básicas de solución social de conflictos, una buena forma de acercarse es el famoso estudio etnográfico de Edward Evan Evans-Pritchard sobre el pueblo Nuer, en que se describe una de las formas más elementales de respuesta social al ánimo de retribución surgido a partir de un acto injusto, con un rol muy importante de la idea de venganza. Evans-Pritchard, E.E. (1992). Los Nuer. Barcelona: Anagrama, pp. 168 y siguientes. Otro trabajo sobre el tema, con un enfoque más escéptico sobre el rol de la venganza en el restablecimiento del orden social ante actos injustos, Malinowski, B. (1982). Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje. Barcelona: Ariel, *passim*, pero especialmente pp. 87 y siguientes.

Con todo, el desarrollo históricamente más importante de estas reglas se produjo en Roma. Por eso, en lo que sigue se busca presentar muy brevemente cómo fue esta evolución y cuál fue la idea de daño en torno a la cual los romanos estructuraron el sistema de responsabilidad que, luego, nos transmitieron.

Inicialmente también basado en la venganza, el sistema romano de responsabilidad tiene en su origen la figura de la *manus iniectio*: un procedimiento formal mediante el cual el ofendido aprehendía el cuerpo del ofensor con el fin de obtener satisfacción por el daño sufrido. Con el paso del tiempo, este sistema de responsabilidad en la persona fue sustituido por uno de responsabilidad patrimonial. En éste, el orden social era restablecido por medio de ciertas compensaciones que el ofensor o sus familiares realizaban en favor de la víctima o su clan. La naturaleza y monto de estas compensaciones era inicialmente negociada por las partes, pero en la medida que la práctica se fue generalizando, éstas fueron progresivamente indexadas con carácter general por el Estado.² El resultado fue que en la época clásica de su derecho, los romanos contaron con un sistema de responsabilidad por actos injustos basado en distintas formas delictuales tipificadas, cada una de ellas asociada a una forma de compensación específica, que mezclaba la función de reparar el daño con la de castigar al ofensor por sus actos.³ En otras palabras, a diferencia de nosotros, que conocemos cláusulas generales y abstractas de reparación de ‘daños’, al estilo de la contenida en el artículo 2314 del Código Civil, los romanos contaron con una acción específica destinada a lidiar con el robo (*actio furti*), con las lesiones (*actio iniurarum*), con los daños causados por animales (*actio pauperie* y *actio de pastu pecoris*), con los daños causados por fraudes o engaños (*actio doli*), y así sucesivamente. En

² Zimmermann, R. (1990). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo: Juta & Co, pp. 914 y 915. Respecto a las particularidades del sistema de ejecución civil en la persona basado en la figura de la *manus iniectio*, y su posterior sustitución por un sistema de responsabilidad patrimonial, Samper, F. (2007). *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 67 y siguientes. Una referencia sucinta al mismo proceso de “patrimonialización” de la venganza se puede encontrar en la misma obra, p. 280.

³ Ante todo, el carácter penal del sistema romano de acciones delictuales se nota en el tipo de condenas asociado a cada una. Dependiendo del tipo, el ofensor podía ser condenado a pagar el doble, el triple o incluso el cuádruplo del valor del objeto en cuestión. Sobre este carácter penal de las acciones delictuales, y las características que ello conllevaba, Zimmermann, 1990, pp. 914 y siguientes. Asimismo, el carácter sustitutivo de la venganza se nota en que las acciones que acarrearán la pena más alta estaban destinadas a las situaciones en que se podía esperar un mayor ánimo vindicatorio. Por ejemplo, en el caso del hurto normal, la condena era el doble del valor del objeto, pero si este hurto era descubierto *in fraganti*, la condena era por el cuádruplo. Sobre este punto, Samper, 2007, p. 283.

cada una de estas acciones, el demandado podía ser condenado a un quantum en el que se confundían la reparación del daño y el aplacamiento del ánimo de venganza de la víctima.⁴

El daño, en tanto fundamento de la reparación civil, no era una categoría general, sino que estaba desmembrado en una serie de tipos que representaban los actos agraviantes más comunes que un individuo podía sufrir en la sociedad romana.

Sin embargo, la sociedad romana fue cambiando en tamaño y complejidad lo que impidió que el rígido sistema de acciones específicas para cada tipo de daño pudiese atender a la gama cada vez mayor de agravios que un individuo podía sufrir. Una ampliación de los daños resarcibles era necesaria.

Este camino de ampliación tuvo su centro en una de las acciones típicas que los romanos diseñaron poco antes de los inicios del derecho civil clásico. A saber, la *actio legis aquiliae*, derivada de la *Lex Aquilia de Damno*. En sus capítulos primero y tercero (el segundo cayó rápidamente en desuso), esta ley concedía acción para enfrentar dos hipótesis básicas de daño a las cosas: la muerte de un esclavo o un animal de pastoreo, y la quema, ruptura o corrupción de cosas pertenecientes a otro. En ambos casos buscándose la restitución del valor.⁵ A partir de estas formas básicas, y ayudándose por el poder de ciertos magistrados para crear acciones nuevas en base a las acciones civiles clásicas,⁶ los romanos ampliaron las hipótesis de daños atendibles por la *lex aquiliae*, la titularidad de la acción y, muy importantemente para la discusión que sigue, los intereses tomados en cuenta al momento de determinar qué clase de

⁴ Sobre los distintos tipos de acciones delictuales en Roma, Samper, 2007, pp. 279 y siguientes. Una referencia a la evolución del sistema de acciones romano desde una perspectiva procesal, en el mismo libro, pp. 65 y siguientes. Una breve referencia a la tipología de daños reparables en Roma en Díez-Picazo, L. (2011). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, pp. 71 y siguientes.

⁵ La forma de determinar el valor, sin embargo, difería de un capítulo a otro. Así, para el caso del esclavo o animal de pastoreo, el capítulo I disponía su evaluación conforme al máximo valor alcanzado durante el año anterior; mientras que para el daño a otros bienes, se contemplaba el máximo valor en los 30 días siguientes a la producción del daño. Sobre las características y discusiones asociadas a esta forma de valorar el daño, Zimmermann, 1990, pp. 961 y siguientes. Con respecto a las discusiones surgidas en la materia, véase Aedo, C. (2009). Los Requisitos de la *Lex Aquilia*, Con Especial Referencia al Daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis* 15 (1): *passim*, pero especialmente pp. 312- 317.

⁶ Este poder creador de los magistrados, que tuvo una importancia absolutamente fundamental en la flexibilidad y mutabilidad del derecho romano, así como en su marcada sofisticación práctica, se manifestó sobre todo por medio de las llamadas *acciones in factum* y *acciones útiles*, que les permitieron adaptar las acciones clásicas del derecho civil para hacer frente a situaciones no previstas en sus supuestos de hecho originales, creando junto a él un verdadero derecho pretoriano que los romanos llamaron *ius honorium*. Una sucinta, pero muy completa referencia a la forma y desarrollo de esta práctica creadora de los magistrados, en Samper, 2007, pp. 39-41, y 81 y siguientes. Una referencia al rol de las acciones pretorianas en la responsabilidad extracontractual en Zimmermann, pp. 981 y siguientes.

agravios podían contar como daño indemnizable. En verdad, a estos efectos, un cambio muy importante introducido por la *Lex Aquiliae* fue la progresiva transición desde un sistema con énfasis en la función penal, con penas fijas y preestablecidas, a un sistema de corte reparatorio,⁷ flexible para evaluar el daño sufrido, y en el que se hizo espacio para la consideración de intereses patrimoniales que excedían al solo valor de la cosa perdida o dañada, incorporando el lucro cesante, el mayor valor futuro de los bienes, o la pérdida de valor de un conjunto determinado por la afección de uno de sus componentes, todo lo cual fue agrupado bajo el principio *id quod interest*.⁸

Así, la historia de la responsabilidad civil extracontractual en Roma se caracterizó por la progresiva depuración de los fines penales y, especialmente, por la ampliación del concepto de daño atendido por el derecho. Partiendo desde la tipificación de los daños más comunes en la sencilla sociedad agraria de los primeros tiempos, el camino evolutivo de su sistema de responsabilidad fue uno en que el enorme desarrollo social y económico que siguió a estos primeros tiempos determinó la aparición de una nueva batería de daños y situaciones que debieron ser resueltos por el sistema de acciones que conocían los romanos y que, en definitiva, determinó su ampliación en la figura de lo que luego sería el delito general de daño, derivado de la ley aquilia.

Este proceso tiene mucho interés para este trabajo. En las páginas que siguen se buscará determinar cómo las figuras de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual, que heredamos de los romanos, pueden hacer frente, o ayudar a hacer frente, a un problema que es muy nuevo y que, tal como sucedió a los romanos, tiene su origen en nuestra propia actividad social y económica.

Para esto, es importante detenerse en un último punto relacionado al sistema romano de responsabilidad civil. Uno de los tópicos más comunes en la teoría de la responsabilidad extracontractual es señalar que, para que exista desarrollo social y económico, es necesario

⁷ Zimmermann, 1990, p. 961. No obstante, conviene señalar que, al menos durante el derecho romano, la *actio legis aquiliae* participó del carácter penal de las demás acciones delictuales, y como tal, de muchas de sus características. La particularidad estuvo dada porque en esta acción el carácter penal no llevó a que se condenase al demandado a un pago superior al valor de la cosa, sino que éste, salvo casos de comportamiento procesal malicioso, cumplía a la vez las funciones de pena y de reparación. Sobre la función penal en la acción romana original, consúltese la misma obra de Zimmermann, pp. 973 y siguientes.

⁸ Sobre este camino de evolución y ampliación, véanse los capítulos 27, 29 y 30 de Zimmermann, 1990. En doctrina nacional, y en un volumen más focalizado, Aedo, 2009, *passim*.

limitar las hipótesis en que el comportamiento de una persona la obliga a reparar los daños que haya producido a otra; de manera que emprender no implique un riesgo excesivo de responder por los daños ocasionados a terceros.⁹

En la figura de la culpa, en la definición de qué es lo que cuenta como daño o en la relación de causalidad, las distintas sociedades han trazado un equilibrio entre la protección de la indemnidad de sus integrantes, y la necesaria limitación de la responsabilidad respecto a daños que, se dice, forman parte normal de la vida en sociedad.

Este equilibrio vuelve a estar en juego cuando, como sucede hoy, estas categorías tradicionales de la responsabilidad son enfrentadas a fenómenos con las características que tiene el calentamiento global, entre otros asuntos que han surgido en el contexto de la llamada 'sociedad del riesgo'. Por eso, mi interés es mostrar cómo ya en Roma, aunque la responsabilidad vivió un proceso marcado de ampliación, también se alcanzó un claro equilibrio entre las nuevas necesidades y la protección de la libertad de acción; limitando de varias formas las hipótesis susceptibles de generar responsabilidad.

La forma en que este equilibrio parece haberse logrado fue, precisamente, a través del camino de ampliación del que se viene hablando. En la construcción de las nuevas hipótesis de responsabilidad y en el diseño de las acciones que enfrentarían las nuevas formas de daño, hubo límites que los juristas romanos nunca estuvieron dispuestos a cruzar. Se pueden mencionar varios ejemplos, pero en la medida que el estudio del derecho romano excede el objeto de este trabajo, se presentan aquí los principales que he podido identificar. En primer lugar, la sola existencia de un sistema de tipos delictuales preestablecidos en la base de la responsabilidad marcó la pauta en el sentido de que, cualquier nuevo daño a ser cubierto debía cumplir con características especiales que justificasen la concesión de la acción por el pretor, de forma que no cualquier afección podía dar origen a la responsabilidad, sino solo aquellas consideradas de mayor ocurrencia y gravedad en el contexto romano. En segundo lugar, las distintas ofensas que fueron atendidas por las acciones romanas se refirieron siempre a daños

⁹ Sobre la necesidad de limitar las hipótesis de responsabilidad en los tiempos actuales, véanse, por ejemplo, Díez-Picazo, 2011, pp. 336-337; con un enfoque histórico, principalmente asociado al rol de la culpa como requisito de responsabilidad, Zimmermann, pp.1033 y siguientes. Con un enfoque en el concepto de daño, a propósito de la aceptación de la reparación de daños puramente patrimoniales, pp. 1035 y siguientes. Crítico del rol limitador de la culpa, pero dando cuenta del mismo fenómeno, Kysar, D. (2011). What Climate Change can do About Tort Law. Yale Law School, Environmental Law 41 (1): pp. 58 y siguientes.

de alguna manera particularizados,¹⁰ en que se afectaba, de forma bastante directa, a los intereses de un individuo o, en casos excepcionales, un grupo delimitado de personas claramente identificables.¹¹ Finalmente, el daño reparable debía estar asociado a una acción, mientras que, salvo casos muy especiales en que el omitente había él mismo creado un riesgo, los juristas romanos fueron reticentes a crear deberes de actuación que obligasen a una persona a actuar en favor de los intereses ajenos en desmedro de los propios. De hecho, en opinión de Zimmermann, esto se debió precisamente a la reticencia del sistema romano a afectar la libertad de los individuos.¹²

En las líneas que sigue se intentará mostrar, muy sintéticamente, cómo las reglas de responsabilidad de origen romano encontraron su camino hasta los códigos modernos y de qué forma se resolvió, en ellos, el problema de los límites del daño indemnizable, que será el punto principal para luego enfrentar la posible relación entre el calentamiento global y la responsabilidad civil.

2. Transición desde las reglas romanas hasta el derecho moderno codificado¹³

En la sección anterior se revisó cómo los romanos fueron ampliando los daños indemnizables bajo la *actio legis aquiliae* original, así como los límites que durante esta evolución los juristas romanos no estuvieron dispuestos a cruzar. La caída del imperio, con todo, no fue la caída del derecho romano, y durante la edad media y la temprana modernidad este derecho siguió siendo aplicado, y vivió un proceso de redescubrimiento que –de la mano de los glosadores, los comentaristas y el naturalismo racionalista–, forjó el camino para que las reglas de responsabilidad, de origen romano, llegasen a los códigos modernos que siguen rigiendo las relaciones civiles en gran parte del mundo jurídico occidental. Es desde estas reglas que debe enfrentarse la compleja relación entre el calentamiento global y la responsabilidad civil que es

¹⁰ Zimmermann, 1990, p.1022.

¹¹ Díez-Picazo, 2011, pp. 88 y siguientes. Respecto a los mecanismos romanos para lidiar con las afecciones contra el público, Amunátegui, Carlos (2014). Derecho Civil y Medio Ambiente. Un estudio de la teoría de las inmisiones y su aplicabilidad en el derecho chileno. Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 159 y siguientes.

¹² Zimmermann, 1990, diez-p. 1044.

¹³ Al entrar en el punto referido a la recepción del derecho romano en los sistemas modernos, necesariamente se debe partir por una prevención: llevar a cabo un trabajo histórico detallado respecto al desarrollo de la responsabilidad civil es un objetivo que excede los fines y capacidades de este trabajo. Cierta atención ha sido prestada al derecho romano por ser el origen de las reglas que hemos recibido, pero respecto al proceso de recepción de éste en la modernidad se tiene el único fin de referir, de modo muy reducido, sus rasgos esenciales.

objeto de este trabajo, y por eso en esta sección se quiere presentar cómo ocurrieron los cambios que se implementaron en esta fase intermedia.

El proceso fue uno de recepción, no hay duda. Sin embargo, las reglas romanas seguían basadas en la idea penal de la responsabilidad y en una concepción restringida del daño indemnizable. En cambio, los códigos modernos se suelen fundar en cláusulas generales de responsabilidad por daños injustos, cuya limitación ocurre por la vía de los elementos que hoy identificamos como clásicos de la responsabilidad: daño, culpa y causalidad.¹⁴ En esta sección se intenta mostrar cómo se transitó de un sistema al otro.

Uno de los primeros cambios importantes fue la progresiva y definitiva separación de las funciones punitiva y reparatoria, originalmente mezcladas en la *actio legis aquiliae*.¹⁵ Ya transformada en la vía principal para obtener satisfacción por daños injustos, esta acción conservaba varios de los elementos que resultaban propios de su naturaleza de acción mixta. Así, los daños eran evaluados conforme la fórmula romana de mirar el valor superior alcanzado por el bien dañado en un determinado período de tiempo anterior o posterior al daño, permitiendo sin problemas que, en algunos casos, la víctima recibiese más de lo perdido. De la misma forma, en casos de pluralidad de responsables, cada uno debía pagar la totalidad del daño y, cuando un demandado negaba los hechos, era luego condenado al doble. Finalmente, acorde al carácter penal de la responsabilidad, la obligación resarcitoria era intransmisible.¹⁶ Nada de esto guardaba relación con la función que, en la práctica, estaba cumpliendo la, aún llamada, *actio legis aquiliae*, es decir, la de ser un mecanismo general de reparación de daños injustos, totalmente separada de la función penal que paulatinamente concentraba el Estado.

Primero en la práctica profesional, y luego en la academia, cada una de estas características fue dejada de lado. Así, en el siglo XVIII la acción ya atendía estrictamente al daño sufrido,

¹⁴ Lo contrario ocurrió en la tradición del *Common Law*, en que la estructura tipificada de la responsabilidad se mantuvo en la figura de los *Torts*, pero en la que se vivió un proceso de expansión de las hipótesis de responsabilidad primero en la extensión del *tort of trespass*, y luego en la construcción del *tort of negligence*. Referencias a este proceso en Zimmerman, 1990, pp. 908 y siguientes y; Díez-Picazo, 2011, pp. 96 y siguientes.

¹⁵ Barros, E. (2006). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 54.

¹⁶ Una completa exposición sobre las características originales de las acciones penales en Zimmermann, pp. 918.

contemplaba reglas de reparación *in sólido* en casos de pluralidad de responsables,¹⁷ y permitía, con algunos límites, demandar a los herederos del ofensor.¹⁸

Un segundo cambio, referido específicamente al daño, dice relación con aquellos intereses cuya lesión era considerada suficiente para invocar la protección del sistema. Ya durante el propio desarrollo del derecho romano, las hipótesis de daños indemnizables superaban con creces los limitados casos de los capítulos I y III del texto original de la *lex aquilia*. No obstante, en el período del derecho intermedio este camino de ampliación llegó a un punto en que virtualmente todos los límites originales fueron abandonados.¹⁹ Así, durante estos años comenzó a aceptarse de un modo mucho más generalizado que los daños puramente patrimoniales, es decir, los que se sufren sin mediar daño a la persona o las cosas, fuesen protegidos extracontractualmente. Además, los daños sufridos por un hombre libre en su integridad corporal fueron definitivamente incorporados en esta vía de protección (sin perjuicio de las acciones criminales que correspondiesen), se otorgó acción a los deudos de una víctima que perdió la vida para obtener satisfacción por la pérdida de sustento e, incluso, se empezó a considerar como indemnizables aquellos sufrimientos de naturaleza extrapatrimonial relacionados con las desfiguraciones y daños corporales de gran intensidad, constituyendo un antecedente de lo que hoy llamamos daño moral.²⁰

Llegados a este punto, lejos de los años y los supuestos de la ley que le dio nombre, la responsabilidad civil extracontractual necesitaba un nuevo marco teórico desde el cual ser entendida. La acción originalmente designada como *actio legis aquiliae* era ya definitivamente un remedio de carácter general indemnizatorio, que además contemplaba remedios para lesiones y sufrimientos que jamás hubiesen recibido la protección de la acción original. De ahí

¹⁷ Sobre la eficacia y función actual de la figura de la responsabilidad por enteros o *in sólido*, Barros, 2006, pp. 936 y siguientes.

¹⁸ Sobre el proceso de depuración de fines penales envueltos en la responsabilidad, Zimmermann, 1990, pp. 1017 y siguientes. Asimismo, Diez-Picazo, 2011, pp. 77 y siguientes. En particular, respecto del fin de la intransmisibilidad pasiva, es interesante revisar el rol jugado por el derecho canónico en el libro de Zimmermann, pp. 1020-1021.

¹⁹ Zimmermann, 1990, p. 1022. La conclusión del autor es presentada en torno a la frase de un célebre jurista de los siglos XVII y XVIII, Samuel Stryk, para quien la acción derivada de la *lex aquilia* tenía un uso amplísimo, conforme al cual debían repararse todos los daños culpablemente causados. Referencia a esta frase de Stryk, y su representatividad en el derecho intermedio en la propia obra de Zimmermann, p. 1017.

²⁰ Sobre este proceso de ampliación sustantiva de los intereses cuya lesión constituye normativamente un daño, Zimmermann, 1990, pp. 1022-1027. En el mismo sentido, Diez-Picazo, 2011, pp. 77-79.

el famoso título del tratado de Christian Thomasius, “La Máscara Aquiliana Removida desde la Acción Concerniente al Daño Causado”.²¹

La forma en que esta máscara fue removida, en los diversos tratados jurídicos de los siglos XVII y XVIII, fue por la vía de terminar definitivamente con la tipicidad de los delitos y acciones romanos, y sistematizar la responsabilidad en base a fórmulas que, de modo muy general, establecían que quien causase un daño culpablemente, debía ser obligado a repararlo.²²

Fueron estas las ideas que rigieron el contexto ideológico en el que se formaron los juristas que, luego, protagonizaron los procesos de codificación, y que cristalizaron en el texto positivo de un código las normas civiles que llegaron hasta nuestros días.²³ La idea de una cláusula general de responsabilidad, sumada a los principios políticos propios de la ilustración dio el terreno fértil para que la responsabilidad extracontractual, así como en general el derecho civil, fuese entendida, y posteriormente codificada, como un todo lógico y sistematizado. Fruto de este proceso fueron las normas fundantes de la responsabilidad extracontractual que conocemos hoy, como el artículo 1382 del Código Civil francés de 1804, el artículo 2314 de nuestro propio Código Civil, el artículo 1902 del Código Civil español, y así sucesivamente.²⁴

La máscara de la responsabilidad aquiliana había sido removida. Lejos de los tipos específicos de la *lex aquilia*, el Código francés decía “Cualquier acción humana que cause un daño a otra persona obligará a aquel por cuya falta se hubiese producido a reparar dicho daño”.²⁵ Con ello se buscó establecer un sistema de legislación suficientemente general, abstracto y flexible como para hacer frente a los cambios sociales y económicos que ya empezaban a vivirse. ¿Significó esto la remoción de todos los límites de la responsabilidad civil? Para nada. Recorrido el camino desde la tipicidad de la ley aquilia hasta las cláusulas generales, era necesario limitar

²¹ Christian Thomasius, *Larva legis aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris germanorum*.

²² Zimmermann, 1990, pp. 1017 y siguientes.

²³ Sobre la influencia del pensamiento racionalista que precedió a la ilustración en la codificación, una breve referencia en Diez-Picazo, 2011, p.81.

²⁴ El mismo tipo de normas se encuentran también en la mayoría de los Códigos de la época decimonónica, cuestión que fue luego mantenida en las codificaciones de los siglos XX y XXI. Respecto al siglo XX, véanse los artículos 823 del Código Civil Alemán y el artículo 6:162 del Código Civil Holandés, entre otros. En la codificación del siglo XXI, véase artículo 1737 del nuevo Código Civil argentino y la mantención del texto del antiguo artículo 1382 en el nuevo artículo 1240 del Código Civil Francés.

²⁵ Según el texto de la traducción oficial al español disponible en la página de internet del servicio francés de difusión del derecho: <https://www.legifrance.gouv.fr/traductions/catalogue-des-traductions>. El Código Civil francés ha sido profundamente reformado en los últimos años, tanto en sede de contratos como de responsabilidad extracontractual. Con todo, el texto del famoso artículo 1382 de su versión original subsiste sin variaciones en el actual artículo 1240.

estas cláusulas, de manera tal que no todo mal ocurrido en la sociedad pudiese dar pie a la litigación civil.

La forma en que esto ocurrió fue a través de lo que hoy conocemos como elementos tradicionales de la responsabilidad –esto es, el daño, la culpa y la causalidad–, en cada una de los cuales existe un juicio normativo en torno a lo que merece ser indemnizado y lo que no.²⁶

Respecto de la culpa, la teoría ya desarrollada por los romanos fue una de las supervivientes, que llegó a nuestros días porque su función de límite calzó perfecto con las necesidades propias de la vida social y económica del inicio de la modernidad. En palabras de Zimmermann, “El principio de que no hay responsabilidad sin culpa, reflejando las necesidades y aspiraciones del individualismo contemporáneo, ascendió rápidamente al estatus de una verdad axiomática”.²⁷

En relación al daño, que constituye el punto de enfoque de esta tesis, la transición desde un sistema de ofensas tipificadas a cláusulas generales de daño supuso un cambio muy radical en lo que a la limitación de responsabilidad se refiere. Mientras los romanos podían limitar los daños indemnizables por la vía de negar la construcción de un nuevo tipo de ofensa protegida por la *actio legis aquiliae*, la introducción de un concepto general de daño hizo necesaria la aparición de ciertos límites a lo que, en definitiva, cuenta como daño indemnizable. Por la vía del control de legitimidad del interés lesionado y, principalmente, en el concepto de significación del daño, el derecho moderno establece un umbral por debajo del cual las afecciones sufridas por las personas se consideran consecuencias normales de la vida en sociedad, y en consecuencia no dan origen a la responsabilidad.²⁸

²⁶ Sobre la normatividad de los conceptos de culpa y causalidad, véase Barros, 2006, pp. 145 y siguientes, y pp. 391 y siguientes, respectivamente. Sobre la naturaleza normativa del daño, y su rol como modulador de los intereses que merecen tutela en la responsabilidad extracontractual, Schopf, A. (2015). El Ámbito de Protección de la Responsabilidad Extracontractual y los Daños Puramente Patrimoniales. En Vidal, A., Severin, G., Mejías, C. (Eds.). Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, pp. 938-939; y, con un enfoque específicamente referido a los estatutos de responsabilidad por daño ambiental, sobre los que se vuelve más adelante, Lin, A. (2006). The Unifying Role of Harm in Environmental Law. Wisconsin Law Review, 2006(3): pp. 984-985.

²⁷ “The principle of ‘no liability without fault’, reflecting the needs and aspirations of contemporary individualism, was quickly raised to the status of an axiomatic truth” (Zimmermann, 1990, p. 911).

²⁸ Sobre los límites al concepto de daño surgidos de la legitimidad del interés afectado y la significación, Barros, 2006, pp. 222 y siguientes. Una frase muy ejemplificadora respecto de esta necesidad en Ihering, R. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867): “If after careful reflection an act seems to present no danger to others, one should be free to do it, and if it nevertheless causes harm to someone else's legal rights, that person must put up with it just as if it were an accident” [Si tras una reflexión cuidadosa un acto parece no presentar peligro para otros, uno debiese

En suma, a la inversa de los romanos, que partieron desde un sistema de tipos estrictos que se fue progresivamente ampliado, el derecho civil moderno estructuró la responsabilidad civil en torno a una idea general de reparación de daños injustos, luego limitada a partir de sus diversos elementos constitutivos.

Esta evolución del derecho, como dice Zimmermann, estuvo marcada por la fusión del derecho romano clásico con algunas instituciones del derecho germánico y canónico. Pero, sobre todo, se caracterizó por haberse construido con el esfuerzo constante de generaciones y generaciones de abogados, jueces y profesores que, a través del tiempo, hicieron que el sistema de responsabilidad extracontractual se adaptase y moldease para servir a las necesidades de su tiempo.²⁹

Fue así que estas reglas, que algún día lejano fueron inventadas, llegaron hasta nosotros. Hoy, de nuevo, las necesidades de nuestra época parecen aconsejar, o derechamente urgir, por una transformación. Aunque la codificación generó un sistema de responsabilidad más amplio y flexible, compatible con los albores de la revolución científica, industrial y económica que comenzaba a vivirse, en varios aspectos esta siguió basada en un modelo de vida sencillo y agrario. Uno en que la profunda revolución que se encontraba en ciernes no había transformado todavía la forma de vida de las personas, y en que las relaciones sociales y económicas no suponían una complejidad que hiciera necesarios modelos demasiado complejos de imputación.³⁰

Desde entonces, esa revolución no ha dejado de ocurrir. Las relaciones sociales, la economía, la tecnología y, en suma, la forma en que viven las personas, han sido profundamente transformadas por los desarrollos materiales e industriales que siguieron a la codificación.³¹ Aunque conservamos las mismas normas, nuevos desafíos se han presentado. La aparición de formas de organización que parecen requerir regímenes basados en el sistema de seguros; las distintas formas de culpa anónima; la colectivización de los daños; la comercialización masiva de bienes y servicios a lo largo y ancho del globo y, a efectos de esta tesis, la aparición de un

ser libre de realizarlo, y si a pesar de todo el acto causa daño en los derechos de alguien, esa persona debe soportarlo como si fuese un accidente].

²⁹ Zimmermann, 1990, p. 1031.

³⁰ Díez-Picazo, 2011, pp. 89-90.

³¹ Sobre este proceso, con un enfoque en el desarrollo del pensamiento liberal, Laski, H.J. (1936). *El liberalismo europeo*. Trad. Miguélez, V. (1939). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

sinnúmero de riesgos, son todos desarrollos que de alguna manera tensan el sistema de reglas con que contamos para hacer frente al fenómeno del daño.³²

Aquí y allí, la sociedad moderna ha dado origen a desarrollos que, aunque presentan enormes beneficios, requieren asumir riesgos igualmente enormes.³³ Por razones que se verán en el capítulo II, el calentamiento global es una especie de encarnación y agrupación de los más complejos de esos desafíos y, como tal, el hecho de que exista la 'litigación climática' supone una tensión muy importante para las reglas originales de responsabilidad.

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta qué punto pueden ser modificadas esas normas. Hemos revisado cómo fue el camino de evolución que las trajo hasta nuestros días, y en él hemos reconocido el trabajo de distintos juristas para adaptar las reglas a las necesidades de su época. Sin embargo, en estos desarrollos, ¿existe algo así como una estructura inmanente de la responsabilidad? ¿Existe un rasgo o una estructura que se haya mantenido invariable, a pesar de los cambios ocurridos en el tiempo? Si la respuesta es afirmativa, los nuevos cambios deben ser estudiados desde esa estructura y función, y a la luz de ella habrá de verse si el derecho civil tiene o no un rol que jugar en el enfrentamiento del calentamiento global. Si la respuesta es negativa, en cambio, la pista está abierta para nuevas modificaciones. Por eso, la siguiente sección de este capítulo está dedicada a estudiar la eventual existencia de tal estructura.

B. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. Estructura, evolución y flexibilidad histórica de la idea de responsabilidad

El calentamiento global es un fenómeno muy reciente en la historia de la humanidad. La responsabilidad civil, no. Esta diferencia de edad implica que al estudiar las relaciones que puedan existir entre ambos, y en particular la posibilidad de que la segunda sea usada para

³² Sobre estas nuevas tendencias de la responsabilidad civil, véase Diez-Picazo, 2011, pp. 101 y siguientes; Barros, 2006, pp. 57 y siguientes.

³³ Tómese, por ejemplo, los riesgos de difamación, daños a la honra, terrorismo o violaciones a la propiedad intelectual que se hacen posibles con el internet; una tecnología que, sin embargo, provee a la humanidad de beneficios casi incalculables. Un muy interesante caso de ponderación de estos asuntos, inclinado contundentemente en favor de una regla que privilegia las nuevas tecnologías a pesar de los costos asociados, en el caso estadounidense *Zerán v. America Online*: 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). Una interesante reflexión sobre el caso, y la forma de resolución propuesta por la Corte en Ziniti, C. (2008). *Optimal Liability System for Online Service Providers: How Zeran v. America Online Got it Right and Web 2.0 Proves It*. *Berkeley Technology Law Journal* 23(1), pp. 583-616.

enfrentar al primero, un punto de partida razonable sea identificar los fundamentos normativos que durante su devenir han marcado al sistema de responsabilidad, identificar su estructura y función básica, y evaluar su eventual utilidad por la vía de contrastar las características del calentamiento global con las características centrales de la responsabilidad.

Como se ha podido ver, la responsabilidad extracontractual no es un sistema estático. Por el contrario, sus reglas y contenidos han ido evolucionando para poder adaptarse y resolver los distintos problemas que, con el paso del tiempo, las sucesivas sociedades han resuelto a través de ella. La pregunta, entonces, está referida a la eventual existencia de una estructura básica, que se mantenga inmutable a pesar de los diversos cambios vividos en la historia de la institución. Desde allí, habrá de analizarse si es posible o no hacer las modificaciones necesarias para que la responsabilidad civil tenga un rol relevante que jugar en problemas de la complejidad que ofrece el calentamiento global.

2. Aclaraciones previas. El enfoque en el individuo de la responsabilidad y el sentido de preguntarse por su estructura y función

Para entrar en la discusión sobre los valores y la estructura fundamental que eventualmente explican la institución de la responsabilidad extracontractual, creo necesario hacer dos aclaraciones.

En primer lugar, del estudio que se viene haciendo en torno a la historia de la responsabilidad extracontractual es posible asumir la existencia de ciertos datos o características del sistema que, con independencia de la teoría que se asuma para explicarlo, parecen estar presentes en la base de las normas que han llegado hasta nuestros días. Uno de ellos es el sesgo individualista que inspira todo el sistema. Así, al comentar los rasgos de la codificación francesa, León Duguit explicó:

La Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individual del derecho.

Lo que luego complementa diciendo:

Este individualismo tiene un pasado lejano; es el producto de una larga evolución; tiene su origen en la filosofía estoica; había encontrado su fórmula

jurídica en el Derecho romano clásico, habiendo llegado en el siglo XVI y en el siglo XVIII a una fórmula completa y definitiva³⁴

En otras palabras, a pesar de las distintas modificaciones, a la base del sistema de responsabilidad civil se encuentra –hasta ahora, al menos– la idea de individuo, sobre la cual se han construido la mayoría de sus instituciones. Como se verá hacia el final de este capítulo y en el capítulo que sigue, esta es una característica especialmente problemática en relación a la litigación sobre cambio climático, y por eso esta sección tiene el objetivo de determinar si esta fundamentación en alguna medida individualista es un rasgo accidental o consustancial al sistema de responsabilidad civil.

La segunda aclaración es en torno al sentido de preguntarse por la estructura y fundamentos de una determinada institución jurídica. En la medida que el derecho es una disciplina normativa, preguntarse por la estructura de cualquiera de sus instituciones puede asumir dos objetivos que conviene diferenciar: puede ser hecho con el solo objeto de describir y comprender cómo la institución en cuestión funciona; o puede hacerse con un sentido propositivo, defendiendo una determinada forma de concebir los fines a los que el ordenamiento debiese adscribir.³⁵

El objetivo de estas páginas, sin embargo, es más sencillo que ambos. Simplemente se busca presentar las principales posturas descriptivas de la estructura y función del derecho civil y, desde ellas, concluir si existe algún rasgo común que pueda ser relevante al momento de determinar si la responsabilidad extracontractual puede o no ser un instrumento adecuado para hacer frente al calentamiento global y el cambio climático que aquél trae consigo.

³⁴ Duguit, L. (1987). Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Valparaíso: Edeval, pp. 23 y 29, respectivamente a cada cita textual. Aunque el autor encuadra estas ideas en el contexto de una eventual revolución a esta estructura, la relevancia del individuo como eje fundamental de la responsabilidad, y del derecho civil en general, es una cuestión comúnmente aceptada. Así, Díez-Picazo, 2011, pp. 88 y siguientes y, en relación a la responsabilidad ambiental, pp. 432 y siguientes; Jensen, N. (2003). Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. [en línea] Indret: Revista Para el Análisis del Derecho. (2), *passim* <http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf>.

³⁵ Coleman, J. (2001). Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method. En Postema, G. (Ed). Philosophy and the Law of Torts. Cambridge: Cambridge University Press, p. 183. El autor refiere a esta idea al iniciar un ensayo referido a la justicia correctiva como mejor estructura descriptiva de la responsabilidad extracontractual. La misma idea se encuentra en Barros, 2006, p. 33. Una reflexión en torno a la importancia de la pregunta por la justificación del sistema de responsabilidad en el ensayo que abre la obra citada, Postema, G. Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts.

Por eso, más que dar una versión propia en torno a cuál de estas teorías me parece más acertada, esta sección parte de la idea de que:

Tratándose de un ordenamiento complejo, que dispone de una base normativa compuesta por unas pocas reglas generales en el Código Civil, es inevitable que la pregunta por los principios y valores que subyacen tras el sistema de responsabilidad tenga un significado práctico determinante en el desarrollo interno de esta área del derecho de obligaciones. Los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial³⁶

3. Principales posturas en torno a la estructura y función de la responsabilidad civil. La justicia correctiva y la concepción instrumental del derecho

Hemos visto cómo la responsabilidad civil estuvo originalmente ligada a las ideas de venganza, retribución y, en un nivel mayor de sofisticación, pena privada. También hemos visto cómo, desde entonces, la responsabilidad ha ido paulatinamente desprendiéndose de los caracteres asociados a su función penal y ha llegado a establecerse como un mecanismo general de reparación de ciertos tipos de daños que la sociedad considera injustos. Este es el panorama histórico. Pero, de un tiempo a esta parte, en los distintos ordenamientos se ha producido un muy importante debate en torno al modelo teórico que explica mejor esta evolución o, asumiendo un enfoque más funcionalista, en torno a cuáles son los problemas que el sistema de responsabilidad está resolviendo hoy dentro de nuestras sociedades.³⁷ Desde puntos de partida distintos, tanto en la tradición del *Derecho Civil* continental como en la tradición del

³⁶ Barros, 2006, p.33.

³⁷ En este trabajo se asume que el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas tiene una gran importancia en la explicación de cómo estas operan hoy. Sin ánimo de pretender que éste sea vinculante para el futuro, y sin negar que cada sociedad es libre de modificar las instituciones de acuerdo a lo que considere justo, el trabajo asume que el estudio del pasado de una institución siempre es relevante al momento de analizar o decidir su futuro. Un enfoque alternativo es un modelo funcionalista, en que el énfasis estará puesto en los problemas actualmente resueltos por una institución, que en definitiva serían los que explican que esta no desaparezca de la sociedad. Aunque existen diferencias entre ambos modelos, no me parece que las conclusiones en lo que aquí interesa se vean especialmente modificadas por la elección de uno u otro. Sobre la forma de operar de un modelo funcionalista de la responsabilidad civil, comparándolo con el análisis propio de las ciencias naturales, Papayannis, D. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, p. 362.

Common Law, la reflexión en torno a la estructura y función última de la responsabilidad ha pasado a ocupar parte muy importante de la doctrina civil de nuestros días.³⁸

Una serie de funciones han sido propuestas: la distribución del costo asociado a los accidentes; la demarcación entre la libertad de acción y la defensa de los derechos que asisten a las personas; la compensación del daño injustamente ocasionado entre dos partes iguales; el reproche social de conductas culpables; la satisfacción del ánimo retributivo asociado a un acto injusto; y el modelamiento de la sociedad por la vía de la fijación de incentivos destinados a obtener un comportamiento social óptimo, son algunas de las principales ideas que, con mayor o menor ánimo de exclusividad, han sido ensayadas para resolver el problema.³⁹

En lo que sigue se intentará determinar si existe algún rasgo común a todas estas teorías, o a la mayor parte de ellas, para estudiar desde allí las posibilidades del sistema de responsabilidad para hacer frente al calentamiento global. Para lograr esto, primero se expone la teoría que extiende sus raíces más hondo en la historia de la responsabilidad civil, a saber, la idea de justicia correctiva. Luego, esta se contrasta con la versión que se ha erigido como principal alternativa a este recuento, es decir, el análisis instrumental de la responsabilidad. Finalmente, se expone si el enfoque individualista –que se ha visto como un elemento presente en la evolución histórica– tiene un rol accidental o esencial en cada una de las teorías señaladas.

a) La justicia correctiva

Luego de haber explicado el concepto de justicia distributiva como uno basado en la proporción, Aristóteles introdujo la idea de que existe una forma de justicia específica de las transacciones entre particulares, tanto voluntarias como involuntarias, y que atendería

³⁸ Ambas tradiciones parten desde puntos distintos debido a la enorme importancia que en el contexto del *Common Law* alcanzó el análisis instrumental del derecho, especialmente en la versión del análisis económico del derecho. En la tradición continental, sin perjuicio de haber tenido una importante influencia, la discusión ha estado menos marcada por la contraposición bipolar entre análisis instrumental y ontológico de las normas. Una referencia en Pantaleón, F. (2003). *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual* (También la de las Administraciones públicas). *Revista de Derecho y Humanidades* 9: *passim*.

³⁹ Una referencia general a las funciones ensayadas respecto del sistema de responsabilidad extracontractual en Díez-Picazo, p. 19 y Papayannis, 2014, *passim*, pero principalmente en pp. 122 y siguientes. En doctrina nacional, una referencia especialmente referida en el contexto de la responsabilidad por daño ambiental en Femenías, J. (2017 b). *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 33.

exclusivamente a la lógica interna de la relación entre las partes.⁴⁰ La denominó justicia correctiva, y la explicó en los siguientes términos:

La otra [forma de justicia] que resta es la correctiva, que se da en las transacciones tanto voluntarias como involuntarias. Esta justicia es de una especie diferente, pues la justicia distributiva de los bienes comunes siempre se ajusta a la proporción (...)

En cambio, la justicia de las transacciones es en cierto modo igualdad (y la injusticia, desigualdad), pero no según aquella proporción, sino según la aritmética. En efecto, nada importa si un virtuoso ha defraudado a un vicioso o un vicioso a un virtuoso; ni si ha cometido adulterio un virtuoso o un vicioso: la ley solo contempla la diferencia del perjuicio y los trata como iguales; y también si uno comete injusticia y el otro la recibe y si uno hace daño y el otro lo recibe. De manera que, como aquí el injusto es desigual, los jueces tratan de igualar.⁴¹

A partir de esta explicación clásica, la idea de justicia correctiva fue redescubierta durante los años setenta, principalmente en el contexto del *Common Law*, en el que fue presentada como un contrapunto al análisis económico del derecho, por entonces muy dominante en ese sistema jurídico.⁴² De entre los distintos autores, dos recuentos han tenido mayor importancia.

El primero de ellos es la llamada concepción anuladora.⁴³ En ella, la justicia correctiva tiene por fin principal eliminar los daños asociados a un acto injusto, trazando una distinción entre los

⁴⁰ Esta reconstrucción de la estructura del derecho privado tiene el mérito de ser la más antigua de la que se tiene noticias. Se podría objetar que ella no se encuentra presente en el derecho romano original, y que por ende sería un recuento inadecuado de las instituciones que se desarrollaron a partir de él. Sin embargo, conviene recordar que la historia del derecho romano se caracteriza por una paulatina diferenciación de dos objetivos inicialmente mezclados, como fueron el de penalizar actos injustos y el de reparar el daño ocasionado por ellos. Así, la estructura de justicia correctiva sería el fundamento de aquella parte en que el derecho romano original estaba especialmente preocupado de la reparación, y no de aquella en que se buscaba el castigo del ofensor. Por otro lado, razones de justicia correctiva se pueden encontrar también en los primeros autores de la modernidad, que terminaron de depurar el sistema privado de sus fines penales. Sobre esto, Zimmerman, 1990, p. 1032.

⁴¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. V.4,1132 a. Trad. Calvo, J.L (2001). Madrid: Alianza, p. 160.

⁴² Sobre el resurgimiento de la idea de justicia correctiva, véase Papayannis, 2014, p. 218. En la doctrina nacional, con una amplia referencia a las principales fuentes bibliográficas que promovieron este proceso, Barros, 2006, p. 41.

⁴³ El principal autor asociado a esta concepción de la justicia correctiva, que luego modificó su postura en torno a la misma, parece ser Jules Coleman. Para una exposición de sus principales postulados, y de la relación entre la justicia correctiva con otras estructuras de justificación que podían operar incluso dentro del propio derecho privado, Coleman, J. (1992). *Tort Law and the demands of corrective justice*. *Indiana Law Journal* 67 (1): 349-379.

fundamentos de la compensación y los fundamentos de la responsabilidad. Mientras el fundamento de la compensación estaría en la justicia correctiva, que exige hacer justicia por la pérdida sufrida, el fundamento de la responsabilidad del demandado no sería una consecuencia necesaria de ésta, sino que sería perfectamente admisible compensar a la víctima de un modo distinto a la obligación indemnizatoria del demandado. Esta concepción, sin embargo, ha sido bien criticada, porque no lograría dar cuenta de todos los elementos envueltos en la idea de responsabilidad, sino que se centraría exclusivamente en uno de estos elementos, como es la posición de la víctima.⁴⁴

El segundo recuento, que en verdad parece el más influyente, es la teoría relacional de la justicia correctiva, cuya formulación más famosa es la de Ernest Weinrib en el libro *The idea of private Law*.⁴⁵ En ella se busca dar cuenta de cómo es que surge la relación obligatoria entre dañador y dañado de una forma que integre satisfactoriamente todos los elementos propios de la responsabilidad. A saber, el derecho de la víctima a no ser dañada, la afección de ese derecho por el causante del daño, y la subsecuente responsabilidad de éste, que entre nosotros asume la forma técnica de un vínculo obligatorio de los enumerados por el artículo 1437 de nuestro Código Civil.⁴⁶

Para llegar a esto, la reconstrucción de Weinrib, manteniendo los principios formulados por Aristóteles, iguala la posición originaria de las partes de una 'transacción' a través de una noción formal de igualdad, que consiste simplemente en que cada persona tiene igual derecho a conservar aquello que le pertenece sin ser afectado por otros. Las partes no necesitan ser iguales en lo específico de aquello que poseen, pero sí son iguales en tanto poseedores de lo

⁴⁴ Esta crítica se basa en que una de las virtudes de la idea de justicia correctiva es que ella, por sí sola, es capaz de explicar íntegramente la figura de la responsabilidad, mientras que las posturas asociadas al fin de compensación o consecución de comportamientos socialmente óptimos solo se centrarían en la víctima o el ofensor, respectivamente, sin llegar a explicar por qué solucionar el problema por la vía de una obligación del segundo con el primero. Referencia a las críticas sufridas por esta teoría en Barros, 2006, p. 39; Papayannis, 2014, pp. 225 y siguientes. Sin perjuicio de estas críticas, la importancia de la función de compensar a las víctimas dice relación con un proceso histórico de gran relevancia en nuestros días, como es la complejización de las actividades productivas y sus riesgos asociados hasta un punto que vuelve muy difícil la actividad probatoria de las eventuales víctimas de daños. En este contexto, en los diversos ordenamientos han aparecido figuras que buscan mejorar la posición de la víctima, invirtiendo la carga de la prueba por medio de presunciones, estableciendo regímenes de responsabilidad estricta, facilitando la prueba de la causalidad o derechamente estableciendo regímenes de seguros que reemplacen las reglas de responsabilidad. Este proceso se puede consultar en Barros, pp. 57 y siguientes, y pp. 147 y siguientes; Pantaleón, 2003, pp. 26 y siguientes; y Papayannis, 2014, pp. 126 y siguientes.

⁴⁵ Weinrib, E. 2012. *The Idea of Private Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press. El libro es una sistematización de diversos artículos escritos por el autor, y ha sido luego complementado por Weinrib, E. 2012. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.

⁴⁶ Weinrib, 2012 a, pp. 9-10.

propio y, en consecuencia, la justicia se rompe allí donde alguien, por medio de un acto suyo, obtiene de otro lo que no le pertenece, constituyendo una ganancia correlativa a la pérdida del afectado. Así, la injusticia del derecho privado es concebida de una manera en que dañador y dañado son envueltos en una misma unidad explicativa, que el propio Weinrib explica en los siguientes términos:

Presentar la justicia correctiva como una igualdad cuantitativa captura la característica principal del derecho privado: un demandante particular demanda a un acusado en particular. Lo que uno injustamente ganó y el otro perdió no son cambios mutuamente independientes en lo que las partes tenían; si lo fueran, la pérdida y la ganancia podrían ser restauradas por dos operaciones independientes. Pero debido a que el demandante ha perdido lo que el acusado ha ganado, una única responsabilidad vincula a la persona que ganó con la persona que perdió.⁴⁷

Esta unidad funcional compuesta por víctima y victimario tiene en su centro la idea de daño, es decir, la afectación que uno de los partícipes de la transacción produce al otro, generando el quiebre de la situación originaria de igualdad de las partes. La presentación de Weinrib, en este sentido, da cuenta de que el mundo existe de una forma tal, que cuando una persona daña a otra, lo que se predique del daño causado por una necesariamente se debe predicar del daño sufrido por la otra. Ambos son dos formas de atender el mismo fenómeno, y lo que hace la noción de justicia correctiva es transformar este fenómeno natural en uno normativamente auto expresivo, en que, partiendo de una situación inmediatamente anterior, la producción de aquello que es sufrido aparece precisamente como el centro de la injusticia que debe ser reparada.⁴⁸

⁴⁷ "Presenting corrective justice as a quantitative equality captures the basic feature of private law: a particular plaintiff sues a particular defendant. Unjust gain and loss are not mutually independent changes in the parties' holdings; if they were, the loss and the gain could be restored by two independent operations. But because the plaintiff has lost what the defendant has gained, a single liability links the particular person who gained to the particular person who lost". Weinrib, 2012 a, p.63.

⁴⁸ Esta explicación del rol central que juega el daño en la construcción de la relación obligatoria ya se encuentra de forma muy clara en la explicación del propio Aristóteles que se ha transcrito más arriba, en la que dice: "la ley solo contempla la diferencia del perjuicio" (Ética, V.4,1132 a). Sin embargo, la idea expuesta está basada en la explicación y desarrollo presentes en Weinrib, 2012 a, p. 78.

¿Cuál es la forma de reparar esta injusticia? Si el derecho privado en verdad puede ser construido mirando exclusivamente la lógica de la relación entre partes, el remedio a la injusticia debe ser tan bipolar como la injusticia en sí. Y, de hecho, en la teoría de Weinrib, lo es:

La bilateralidad de la justicia correctiva también determina al remedio, es decir, la rectificación que la justicia correctiva logra. La rectificación responde a –y, de hecho, se corresponde con– la injusticia que se está rectificando. Debido a que el demandado ha obtenido una ganancia correlativa a la pérdida del demandante, la corrección implica una pérdida para el demandado que simultáneamente sea una ganancia correlativa para el demandante. De esta manera, la rectificación revierte el acto injusto al deshacer el exceso y el defecto que constituyen la injusticia.⁴⁹

Hasta este punto el análisis de Weinrib sigue muy de cerca la exposición originaria de la justicia correctiva hecha por Aristóteles. Sin embargo, su innovación más interesante, al menos en lo que a este trabajo se refiere, está dada por la forma en que Weinrib justifica qué es lo que debe contar como derecho en la persona de la víctima, y cómo su afección constituye la injusticia cuya reparación es el centro de la justicia correctiva.

Para llegar a este punto Weinrib acude a la noción de derecho en Kant, la que define como la suma de condiciones bajo las cuales las opciones de uno pueden coexistir con las opciones de otro bajo una ley universal de libertad. Así, dice Weinrib, lo que Aristóteles caracteriza como el tratamiento igualitario de una ley que solo contempla la diferencia aritméticamente producida por el perjuicio, y que trata a quien hace y quien sufre el daño como iguales, aparece

⁴⁹ “The bipolarity of corrective justice also fashions the remedy, that is, the rectification, that corrective justice accomplishes. The rectification responds to –indeed corresponds to– the injustice that is being rectified. Because the defendant has realized a gain correlative to the plaintiff’s loss, the correction entails a loss to the defendant that is simultaneously a correlative gain to the plaintiff. In this way the rectification reverses the unjust act by undoing the excess and the deficiency that constitute the injustice”. La idea está expuesta, y luego resumida con referencia a cada uno de los puntos en que se expresa la bipolaridad propia de la justicia correctiva en Weinrib, 2012 a, pp. 65-66. Conviene destacar que en Weinrib los conceptos de ganancia y pérdida no deben ser entendidos en un sentido fáctico, referido a los cambios materiales en la persona de la víctima y el ofensor. Si así fuera, podría perfectamente ocurrir –y de hecho muchas veces ocurre– que la ganancia fuese superior a la pérdida, o viceversa. Los conceptos de ganancia y pérdida son normativos, en el sentido de que la pérdida de la víctima consiste en el déficit respecto a la posición de indemnidad que tiene derecho a conservar de acuerdo a la norma que el ofensor ha violado, de manera que la ganancia de éste consiste, correlativamente, en el exceso respecto a lo que está obligado a hacer en favor de la víctima para restablecer tal indemnidad. De esta forma, por definición, la pérdida y la ganancia siempre coinciden, y son dos maneras de atender al mismo fenómeno. Sobre esto, Weinrib, 2012 a, pp. 117-118 y p.136.

en la idea kantiana de derecho como la compatibilidad moral de la acción de una persona con la libertad de otra.⁵⁰

La forma en que estas dos ideas se entrelazan contiene la mayor riqueza para los puntos que se exponen más adelante en este trabajo. Para Weinrib, el punto de unión que justifica la compatibilidad de ambos autores radica en que ambos generan un sistema abstracto de protección de aquello en lo que una persona tiene titularidad o, por decirlo así, de aquello que una persona tiene como propio. Así, en Kant la integridad física, la propiedad y, en fin, la aptitud para ser titular de derechos, son condiciones necesarias del ejercicio de la libertad y el desarrollo del espíritu, de manera tal que, para que la libertad de una persona sea compatible con la libertad de otra en la forma que exige la máxima kantiana, cada ciudadano tiene un derecho a no ser perturbado en el disfrute de aquellos derechos de los que es titular, lo que, a su vez, tiene como contrapartida un deber por parte de cualquier persona de respetar la titularidad de derechos de sus conciudadanos.

De esta forma, Weinrib extrae de la idea kantiana de derecho una estructura según la cual existe un derecho a no ser dañado, correlativo con la máxima formulada por Ulpiano de no dañar a otro, y que tiene su base en la idea de particularidad o titularidad que es prerequisite para el desarrollo libre de las personas. La justicia correctiva, en este contexto, sería la forma particular de reestablecer este equilibrio de derechos y deberes correlativos cuando estos han sido quebrados por la ocurrencia de un acto injusto, que deriva su carácter injusto precisamente de la violación del derecho correlativo de quien sufre el daño. En palabras del autor:

Porque los objetos externos son categóricamente diferentes a la libre voluntad es que pueden ser apropiados sin contravenir la libertad de otros individuos según el principio del derecho. Y que hayan sido apropiados implica la obligación por parte de quienes no son los propietarios de abstenerse de usarlos.

De acuerdo con ello, la particularidad es esencial para la conceptualización de las partes y sus bienes. El principio del derecho permite que la libre voluntad se realice en cualquier cosa que no sea ya objeto para la realización de otra

⁵⁰ Weinrib, 2012 a, pp. 94-100, especialmente pp. 95 y 98.

voluntad libre. A la inversa, se prohíbe a los agentes interferir con las cosas –los cuerpos y la propiedad– que sean la encarnación de la voluntad libre de otro.⁵¹

La particularidad es esencial para la conceptualización de las partes, y el fundamento detrás de la justicia correctiva es proteger a las personas en el disfrute de aquello de que son titulares. Esta es la idea, y con ella, Weinrib aporta un punto que no aparece explícito en los planteamientos de Aristóteles, a saber, la relación entre la justicia correctiva y la titularidad de derechos como una aptitud fundante de la libertad.⁵²

Si esto es así, y Weinrib tiene razón, esto supone una barrera infranqueable para que el calentamiento global pueda ser considerado un daño en el sentido específico al que se refieren las reglas de derecho privado. Si a la base del sistema de derechos y deberes de orden privado se encuentra la idea de proteger la titularidad individual para promover el desarrollo libre del espíritu, esta protección jamás podrá predicarse de un bien que, por definición, representa el más común de todos los bienes, como es el medio ambiente y, en particular, el clima de nuestro planeta.

En verdad lo que caracteriza a estos bienes comunes, como su nombre lo indica, es que sobre ellos nadie puede reclamar titularidad.⁵³ En el medio ambiente en general, y respecto del clima en particular, la sola idea de un derecho individualizado, al menos desde una fundamentación kantiana, es un imposible lógico: si los derechos nacen para conciliar la autonomía de los distintos individuos de una sociedad, un derecho individual sobre un bien tan general como el medio ambiente sería incapaz de dejar al resto de los individuos la autonomía que este mismo derecho debía cautelar en primer lugar. Así, si como dice Weinrib, el daño o pérdida del

⁵¹ "Because external objects are categorically different from free will, they can be owned without contravening the freedom of others under the principle of right. And their being owned entails an obligation in non owners to refrain from their use". "Accordingly, particularity is essential to the conceptualization of the parties and their holdings. The principle of right allows the free will to realize itself in anything that is not already the locus of another free will. Conversely, agents are barred from interfering with things – the bodies and property of other agents – that are the embodiments of someone else's free will". Weinrib, 1995, p. 129. La misma idea, resumiendo las consecuencias de que el daño esté siempre referido a la titularidad de un derecho, está presente en la página 134 de la misma obra.

⁵² Nótese que en este sentido la teoría de Weinrib, aunque el autor no lo diga expresamente, es compatible con la flexibilidad histórica de las normas de responsabilidad, pues aquello a lo que una persona puede tener derecho es un concepto relativamente mutable, siempre y cuando se mantenga la posibilidad de alegar en ello un derecho de titularidad individual.

⁵³ Hardin, G. (1968). *The Tragedy of the Commons*. *Science*, 162(3859): pp. 1243-1248.

demandante consiste en el déficit respecto de aquello que él mismo tenía derecho a conservar, el medio ambiente nunca podrá ser dañado, porque sobre él nunca se tiene derecho.⁵⁴

Llegados a este punto, estoy en condiciones de exponer lo que debiese ser la conclusión principal de este capítulo: que, por razones sustantivas, el derecho privado está estructurado desde su origen en torno a la idea de titularidad individual, y que un fenómeno como el calentamiento global, que se produce sobre el más común de todos los bienes, no puede ser enfrentado por este sistema sin alterar, de forma muy sustancial, la estructura que lo fundamenta.

Con todo, hasta aquí solo se ha revisado la idea de justicia correctiva. Para que la conclusión sea sólida, es necesario revisar también, aunque sea brevemente, la concepción instrumental, que constituye el principal contrapunto a la idea de justicia correctiva. Con todo, la explicitación hecha en el párrafo anterior permite acortar camino y, dados los fines de este trabajo, limitar el análisis de la concepción instrumental a lo necesario para determinar si existe en ella algo que desvirtúe la conclusión expresada, o que permita evadir la lógica individual que se reconoce en la idea de daño expresada por Weinrib y la justicia correctiva.

b) La concepción instrumental de la responsabilidad civil

La pérdida de vidas, extremidades y propiedad exigida por las operaciones industriales de hoy, por los métodos de transporte, y por muchas otras actividades benignamente asociadas con la forma de vida moderna ha alcanzado proporciones tan asombrosas, que el costo económico de los accidentes representa un drenaje constante y creciente en los recursos humanos y materiales del país, calculables como una fracción significativa del producto interno bruto. La tarea primordial de la responsabilidad extracontractual es desempeñar un importante rol regulatorio en el ajuste de estas pérdidas y en la eventual asignación de sus costos.⁵⁵

⁵⁴ Luego de que se introduce la fundamentación kantiana de los deberes y derechos propios de la justicia correctiva, la titularidad individual es abordada en diferentes partes del capítulo 5 del libro de Weinrib. Para una referencia explícita, Weinrib, 2012 a, p. 136: "The plaintiff's normative loss consists in the shortfall from what the plaintiff is entitled to under the norm that the defendant's action violated".

⁵⁵ El texto que aparece citado es una traducción libre del original presente en Fleming, J. (1967). An introduction to the Law of Torts. Oxford: Oxford University Press, p.1: "The toll on life, limb, and property exacted by today's industrial operations, methods of transport, and many another activity benignly associated with the modern way

Acertada o no, esta frase, que da inicio a un conocido libro de introducción a la responsabilidad extracontractual, permite entrever el punto fundamental de las visiones instrumentales del derecho de daños. Es decir, analizar el fenómeno de la responsabilidad extracontractual desde un punto de vista externo, en que la función principal del sistema viene dada no por su lógica interna, sino por cualesquiera que sean las necesidades sociales en una época dada.⁵⁶ Así, las reglas de responsabilidad son entendidas como un sistema de incentivos, cuya función es orientar el comportamiento humano hacia la obtención de fines socialmente deseables, por la vía de la amenaza de responder de los daños causados por medio de actos imprudentes o excesivamente riesgosos.⁵⁷ En otras palabras, dejando de lado otros mecanismos asociados a la llamada prevención especial, que se relaciona con un agente en particular, lo determinante en el sistema de responsabilidad civil sería un fin de prevención general negativa, que “radica en la eficacia de la sanción indemnizatoria para la orientación futura del comportamiento, porque impone un costo implícito a todos quienes desarrollen una actividad”, influyendo en la forma en que las personas decidirán sus futuros cursos de acción.⁵⁸

Como se puede comprender, esta noción permite conceder un espacio mucho mayor a las consideraciones de política pública asociadas a las relaciones privadas en general, y a la producción y distribución de daños en particular. Esto, en principio, nos debiese llevar a concluir que la litigación climática vería en esta concepción del derecho un marco ideológico mucho más fértil que en las nociones de justicia correctiva, y, en efecto, así ha ocurrido.⁵⁹ Desde

of life has reached proportions so staggering that the economic cost of accidents represents a constant and mounting drain on the community's human and material resources, calculable as a significant fraction of the gross national product. The principal, nay paramount, task of the law of torts is to play an important regulatory role in the adjustment of these losses and the eventual allocation of their cost”.

⁵⁶ Una referencia a las diferencias que existen entre una perspectiva interna y externa de análisis de la responsabilidad extracontractual en Barros, 2006, p. 33. Una reflexión análoga, pero específicamente referida a la eficacia de la responsabilidad civil para enfrentar el problema del daño ambiental en Banfi, C. (2015). La responsabilidad como instrumento de protección ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 3, pp. 13-54., que corresponde a la actualización del artículo del mismo título publicado en 2004 en la *Revista Chilena de Derecho Privado* 2: pp. 19-70.

⁵⁷ Barros, 2006, p. 43. Cooter, R., y Ulen, Th. (1997). *Derecho y economía*. Trad. Suárez, E. (1998). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, pp. 367 y siguientes; Posner, R. (1972). *Economic analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, pp. 66 y siguientes.

⁵⁸ Barros, 2006, p. 45. La prevención general negativa, concepto propio del derecho penal, dice relación con el fin de prevenir a la generalidad de los ciudadanos de una comunidad en contra de ciertos comportamientos por la vía de asociar a ellos consecuencias negativas. La prevención especial, en cambio, dice relación con las medidas adoptadas para que un potencial infractor no incurra él personalmente en futuras infracciones. Una referencia a estos mecanismos de gestión del comportamiento en Papayannis, 2014, p.40; y, especialmente respecto a la gestión ambiental, una muy breve referencia en Barros, pp. 47-48.

⁵⁹ Una referencia a la mayor adaptabilidad de los recuentos instrumentales, por ejemplo, para enfrentar los problemas asociados al riesgo, en Kysar 2011, pp. 69-70: “From a corrective justice orientation, it does seem

la aparición del fenómeno, se han presentado una serie de planteamientos conforme a los cuales los elementos de la culpa, el daño y la causalidad podrían ser convenientemente mutados en uno u otro sentido para dar cabida a este tipo de litigios.⁶⁰

Sin embargo, aunque esta visión no comparte la fundamentación kantiana presentada por Weinrib, y en ese sentido no puede llevar a concluir de la misma forma que en él la inviabilidad de una demanda civil basada en el calentamiento global, hay un punto que ambas visiones tienen en común, y que, en resumen, sí parece ser muy difícil de conciliar con una demanda de esta naturaleza. A saber, el rol del daño particularizado e individual como fundamento del sistema indemnizatorio. A su estudio se dedica el apartado que sigue.⁶¹

problematic to allow recovery on account of enhanced risk if 'comparatively more important' harms will later go uncompensated. From an instrumentalist orientation, however, the limited fund problem seems less pressing since the incentive effects of enhanced risk recovery going forward would be to discourage activities that give rise to a limited fund problem in the first place [Desde una orientación de justicia correctiva, parece problemático permitir la indemnización del incremento de riesgo si daños 'comparativamente más importantes' no serán compensados. Sin embargo, desde una orientación instrumentalista, el problema de fondos limitados parece menos apremiante, ya que los efectos de incentivo de una indemnización por riesgos en el futuro serían desalentar las actividades que originan la limitación de fondos en primer lugar].

⁶⁰ Ejemplos de este acercamiento a la litigación climática en Hunter, D. y Salzman, J. (2007). Negligence in the air: the duty of care in climate change litigation. *University of Pennsylvania Law Review* 155(6): pp. 101-154; Ruhl, J.B. (2008). Making Nuisance Ecological. *Case Western Reserve Law Review*, 58(3): pp. 753-785; y Grossman, D. (2003). Warming up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation. *Columbia Journal of Environmental Law* 28(1): pp.1-61. Con un enfoque crítico del desarrollo de las reglas de responsabilidad en el derecho estadounidense, y analizando especialmente los efectos que podría tener en el panorama general del sistema que las cortes se vean enfrentados a casos como los asociados a la litigación civil del calentamiento global, Kysar, 2011, *passim*, pero especialmente desde p.44.

⁶¹ Conviene, antes de pasar al punto que sigue, referir las críticas que se han hecho a esta concepción. En primer lugar, debe decirse que la concepción instrumental del derecho, en su nivel más general, se relaciona fuertemente con los postulados del positivismo jurídico, y de ahí que pueda encontrarse, por ejemplo en Hans Kelsen, la concepción del derecho como una técnica social destinada a inducir un determinado comportamiento por medio de sanciones coactivas asociadas al comportamiento contrario, Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Moisés Nilve, 4ª ed. Buenos Aires: Eudeba, p.58. Por lo mismo, saliendo del nivel de abstracción que caracteriza a Kelsen, la concepción instrumental admite diferentes versiones, y de ellas también dependen las críticas. En lo que sigue, se hará referencia a las críticas recibidas por la versión del análisis económico del derecho, que concibe a las instituciones como un mecanismo para propender a un mayor bienestar general, por ser esta versión la que más fuerza ha tenido en los últimos años. Así, este recuento ha recibido una muy ácida crítica en Pantaleón, 2003, pp. 20 y siguientes, para quien se trataría de una concepción que no se condice con ninguna de las características asociadas a la responsabilidad civil y que solo reformula en clave económica algunas consideraciones que ya existían previamente y que no se relacionan con la función principal de la responsabilidad civil, que sería simplemente la de reparar el daño. En el mismo sentido, y especialmente en relación a la responsabilidad ambiental, Díez-Picazo, 2011, p. 434. Una segunda crítica, es que este análisis se centra excesivamente en la determinación del comportamiento óptimo del ofensor, cuestión que no explica por qué la sanción coactiva asume la forma de una indemnización de daños en favor de la víctima (Weinrib, 2012 a, pp. 48 y siguientes; y pp. 130 y siguientes). Finalmente, una tercera crítica, es que en su enfoque prioritario en la persona del causante del daño, esta forma de análisis resulta excesivamente unilateral para las víctimas, que podrían llegar a soportar sobre sí el peso de una decisión de política pública que va en beneficio de un segmento de la sociedad del que podrían ni siquiera formar parte (Barros, 2006, pp. 121 y siguientes, especialmente referidas al análisis económico de la culpa). A pesar de todas estas objeciones, incluso los autores más críticos, como Pantaleón, asumen que la sola presencia de la responsabilidad tiene un efecto disuasivo en el público, aunque no sea este el fin principal de la institución.

4. El daño a un individuo como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual.

En la sección B. 2, luego de haber recorrido brevemente la historia del sistema de reglas de responsabilidad extracontractual que conocemos hoy, se dijo que a la base del mismo se encontraba la idea de individuo, en torno a la cual dicho sistema se había construido y estructurado. Se dijo, asimismo, que el objetivo de la sección sería determinar si esto es un rasgo accidental o substancial a la responsabilidad civil, y que sobre esto se volvería hacia el final del capítulo. Ahora, luego de dar una breve cuenta de las dos principales teorías que existen respecto a la estructura y función del derecho privado, toca cumplir la promesa y volver sobre el punto.

Conviene partir por una aclaración. La idea de que nuestro sistema de responsabilidad civil es de corte individualista, y que tiene en su centro la idea de titularidad particular de bienes jurídicos no es ninguna excentricidad. Por el contrario, es un paradigma de la teoría civil que el daño constituye la condición y el objeto de la responsabilidad, y que, con independencia de la amplitud que se adopte, solo cuenta como daño aquello que una persona sufre en su esfera particular de intereses, pues –se dice– “para buscar la protección del ordenamiento es imprescindible ostentar la titularidad de un bien jurídico protegido.”⁶² Llevando el punto más allá, respecto a la protección del medio ambiente específicamente, se ha dicho que:

No existe hasta el momento un Derecho civil ecológico, por una razón bien sencilla. La piedra angular de la responsabilidad civil no es el concepto de la «casa», sino el de daño. Éste solo existe cuando se refiere a una persona concreta que lo sufre. La existencia de una víctima individual constituye un requisito indispensable desde un punto de vista lógico, pues el daño no existe en abstracto, de forma despersonalizada, sino referido a quien lo padece.⁶³

Esta, entonces, es la idea que debe ponerse a prueba: que sin daño no hay responsabilidad, y que sin alguna clase de afección a intereses respecto de los cuales se es titular individual, por mínima que sea, no se puede reclamar la protección de la responsabilidad civil, porque no existe propiamente una afección cuya reparación pueda constituir el centro de la obligación

⁶² Diez-Picazo, 2011, p. 432. La misma idea en Femenías, 2017 b, p. 31-33. Respecto a la centralidad del daño en la responsabilidad extracontractual, Barros, 2006, pp. 215 y siguientes. Asimismo, Pantaleón, 2003, p.17.

⁶³ Rudá, A. 2005. El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente. Tesis para el grado de Doctor en Derecho. Girona: Universitat de Girona, Facultat de Dret, p. 1.

civil que la responsabilidad está destinada a construir en la persona del demandado. Para probarla, se verá cómo es que está presente en los dos recuentos principales de la responsabilidad extracontractual que se han expuesto.

a) En la justicia correctiva

Respecto a la centralidad del concepto de daño en la justicia correctiva, y su dependencia de la titularidad particular de bienes jurídicos no resta mucho que decir. Tal como se expuso antes, en las teorías más sofisticadas de la justicia correctiva, la protección frente al daño tiene su justificación en la relevancia que el disfrute de ciertos bienes tiene para el desarrollo de un individuo en condiciones que sean compatibles con el desarrollo de los demás, cuestión que conduce inmediatamente a la idea de disfrute particular y titularidad individual de derechos.

b) En la concepción instrumental de la responsabilidad civil

El punto más interesante, a efectos de afirmar la tesis expuesta, pasa por preguntarse cómo este rol central de la titularidad particularizada de derechos puede encontrarse también en la concepción instrumental del derecho, que es la más proclive a la idea de litigación climática. Solo así existe alguna posibilidad de que este rol pueda ser entendido como un rasgo general del derecho civil, y no como una consecuencia asociada a solo una de las varias formas que hay de entenderlo.

Para resolver este punto, se debe notar que, salvo en las posturas más radicales, que sugieren el reemplazo del sistema de responsabilidad por un sistema universal de seguros,⁶⁴ incluso las concepciones más fuertemente instrumentales acuden al deber de indemnizar los daños sufridos al momento de determinar cuál es la sanción que hace las veces de disuasivo al comportamiento que se busca eliminar. Aunque sea en la forma de un pago recargado, como en el caso de los daños punitivos, la base de este sistema de disuasión está precisamente en el pago que se hace a una supuesta víctima, que se dirige a los tribunales *ex post* a los hechos y pide compensación por un daño que sufrió. En otras palabras, ya en la famosa fórmula del juez

⁶⁴ Un muy célebre ejemplo de este tipo de propuestas puede encontrarse en Attiyah, P. (1997). *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing. El camino parece haber sido seguido en el derecho de Nueva Zelanda, en que buena parte del ámbito tradicional de la responsabilidad se encuentra cubierto por un sistema de seguridad social. Para una referencia a esta alternativa en Schuck, P. (2008). *Tort Reform, Kiwi-Style*. *Yale Law & Policy Review*, 27 (1): pp. 187-203.

Learned Hand, que por cierto nació en el contexto de un juicio indemnizatorio,⁶⁵ y en general en los autores ligados al análisis económico del derecho, la consecución de formas de comportamiento socialmente óptimas depende de la eficacia de la sanción indemnizatoria, y de ninguna otra, para influir en la forma en que los actores vinculados a una actividad planifican sus medidas de prevención a futuro.⁶⁶

De esta forma, a pesar de que se trata de un marco teórico fértil para las consideraciones de política pública, este carácter no llega hasta el punto de renunciar al requisito básico de la existencia de un daño que sea fuente y medida de la responsabilidad, y que, recargado o no por algún fin punitivos, se traduzca en un deber de reparar la situación de quien lo ha sufrido. Así, al igual que en los recuentos de justicia correctiva, y al margen de las consideraciones económicas que guíen la atribución de responsabilidad, a la base del sistema se encuentra la necesidad de un daño y una titularidad que justifiquen que, de entre todas las personas, sea la antiquísima figura del demandante la que encarne la pretensión coactivo-instrumental del derecho.⁶⁷

c) Conclusión

Llegados a este punto, creo, se puede ensayar un punto de acuerdo entre los dos recuentos antagónicos de la estructura y función de la responsabilidad extracontractual que se han revisado. Como se dijo al comenzar, el objetivo de esta parte del trabajo no es inclinarse por un lado u otro en la disputa sobre la naturaleza de la responsabilidad, sino que determinar si, a pesar de ella, se puede extraer un punto común a las diferentes posturas, y ese punto es

⁶⁵ La fórmula del juez Hand, famosísima en relación al análisis económico de la culpa, plantea que un comportamiento será culpable en la medida que el costo de prevenir el accidente que originó el juicio haya sido inferior al producto del daño producido y la probabilidad de su ocurrencia. Ésta tuvo su origen en un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Nueva York, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), y ha sido referida en gran parte de los trabajos inspirados en el análisis económico de la responsabilidad. Nótese como, al margen de las críticas que se puedan hacer a nivel teórico, la fórmula depende incuestionablemente de que un demandante alegue un daño y reclame indemnización. La demanda inicia el juicio en que se debe analizar la culpa, y el daño tiene un rol central en la ecuación, siendo la clave en la determinación de la culpa.

⁶⁶ Sobre este rol de la indemnización en los análisis instrumentales, Barros, 2006, pp. 45 y 46-48. Sobre la naturaleza ex post con que actúa el sistema de responsabilidad extracontractual y las consecuencias que esto acarrea, Banfi, 2015, pp. 38 y siguientes.

⁶⁷ Por eso no es sorprendente que autores muy destacados dentro de esta corriente sostengan que en realidad las raíces de este tipo de análisis se pueden ubicar mucho antes del surgimiento del análisis económico del derecho, en la práctica inmemorial de un derecho civil que desde muy antiguo toma sus decisiones buscando aumentar el bienestar (Landes, W y Posner, R. (1987). *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press).

precisamente el rol del daño, y cómo este siempre ha estado estructurado en torno a la idea de titularidad individual de bienes jurídicos.

Que ambas posturas se encuentren en esto no es sorprendente. Aunque ambos recuentos difieren en aspectos muy importantes, la experiencia muestra que, como dice Barros, “la radicalidad de la disputa filosófica acerca de la naturaleza del deber de indemnizar no se transmite a la práctica jurídica”, y en ésta, el deber de reparar un daño individualmente sufrido aparece incuestionada como fundamento y límite del sistema.⁶⁸ Desde su origen, y a través de los distintos intentos de reconstrucción que se han revisado, la responsabilidad civil siempre tiene un lugar en su centro para la misma y vieja figura del agraviado que, desde tiempos inmemoriales, reclama por propia iniciativa la satisfacción del agravio que sufrió.

Razones y anti-razones para el cambio

Que esto haya sido así a través de la historia, y que se mantenga en los recuentos principales en torno a la estructura de la responsabilidad extracontractual no quiere decir que deba ser así en el futuro. Al menos no necesariamente. El derecho es una forma de resolver los conflictos en el contexto de una sociedad, y como tal, siempre está abierto a ser modificado en la forma que la sociedad lo requiera. Bastaría con modificar el concepto de daño, transformarlo en una idea más amplia, independizarlo de la justificación kantiana ensayada por Weinrib y permitir que abarque la afección de intereses en los que, en verdad, no existe titularidad individual, como es el clima, las culturas ancestrales, la vida salvaje, etc. Mal que mal, en los casos de litigación climática existen afecciones muy reales: villas inundadas, casas abandonadas, enormes costos de adaptación por los estados, especies que desaparecen, etc.; y en todos ellos estas simples modificaciones podrían transformar a la responsabilidad civil en una útil herramienta para enfrentarlas.⁶⁹

⁶⁸ Barros, 2006, p. 35. De ahí que el propio autor propone una actitud pragmática, que acepte con naturalidad la coexistencia de argumentos basados en una u otra postura, pero en un marco de comprensión basado en la justicia correctiva. En el mismo sentido, pero con referencia a la elección de sistemas basados en la negligencia o la responsabilidad estricta, y precisamente en el contexto de un análisis del derecho privado como instrumento de protección ambiental, Banfi, 2015, pp. 34-45, pero especialmente a partir de p. 41. Una extensa obra que concluye también en un sentido integrador de ambos modelos en Papayannis, 2014, pp. 3350 y siguientes. En el contexto del Common Law, Gerhart, P. (2010). *Tort Law and Social Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, passim, pero especialmente en pp. 61 y siguientes.

⁶⁹ Un análisis muy crítico de las estructuras y disposiciones implícitas en el derecho civil, y en particular en el derecho de daños, en Kysar, 2011, pp. 65 y siguientes. Un análisis de como el daño, en particular en la figura anglosajona del *nuisance* podría incorporar variables ecológicas, en Ruhl, 2008.

Así, si se quiere argumentar que la responsabilidad civil tiene dificultades muy importantes para enfrentar al calentamiento global, deben todavía ofrecerse razones que, de alguna forma lógica, desaconsejen la introducción de dichos cambios. A mi juicio, y sin perjuicio de lo que se dirá al final de la tesis en torno al importante rol que el derecho civil sí puede jugar en el futuro de estos temas, dos razones pueden ofrecerse, ambas relacionadas con la estructura del sistema.

El rol del daño entendido desde la totalidad del ordenamiento.

Es cierto, el concepto de daño, grosso modo, no es exclusivo de la responsabilidad civil. Junto al homicidio, el abuso sexual, la pérdida de especies, la contaminación y la evasión tributaria, el daño civil forma parte de una serie de males que la sociedad busca evitar y que dependen, de una u otra forma, de la actividad de las propias personas que la integran. Es más, ya en el contexto específico del derecho ambiental, parece bastante claro que el concepto de 'daño' tiene un rol unificador de toda la regulación vigente en Chile, y se puede argumentar muy convincentemente que, en los diferentes ordenamientos, este es el concepto en torno al cual se estructuran las diversas herramientas normativas que tienen por objeto preservar el entorno natural.⁷⁰

No obstante, la forma en que los daños civiles son transformados en el objeto de pedir dentro de un juicio indemnizatorio sí es específica de la responsabilidad civil como sistema normativo. La existencia de uno o varios demandantes siempre determinados e individualizados, que van a juicio para pedir que, cualquiera que sea el daño de que se trate, éste sea reparado específicamente en la forma de una obligación civil -usualmente de dinero- en contra de uno o más demandados siempre particularizados, es una forma de tratar el daño que, por su sola estructura, parece especialmente pensada para problemas interindividuales que asumen la forma correlativa que, según Weinrib, siempre tiene el remedio civil. De hecho, muchos de los principios e instituciones propios de nuestro sistema de litigación civil, como la relatividad de las sentencias, el principio dispositivo y el impulso procesal de partes y la cosa juzgada, dan

⁷⁰ Una muy interesante y completa elaboración de esta idea, que es del todo pertinente para el tema tratado en esta tesis de grado, en Lin, 2006. En el contexto nacional, tómese como referencia la generalidad del concepto de daño ambiental definido en el artículo 2 letra e de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente ("LBGMA"): "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

cuenta de un universo jurídico que, en el conjunto de sus instituciones, está diseñado pensando en las relaciones entre individuos particulares.

El rol del daño entendido como el motor de la responsabilidad civil

Al comentar el origen romano de la responsabilidad civil extracontractual, Zimmerman reflexiona diciendo que, desde los primeros días, el Estado romano dependió de la iniciativa de la parte agraviada para hacer girar las ruedas de la justicia.⁷¹ Esto, al menos en lo que a derecho civil se refiere, sigue siendo verdad. El sistema de derechos y deberes civiles tiene el notable atributo de que, más allá de disponer los medios jurisdiccionales adecuados, no requiere del Estado ningún costo adicional en fiscalización. Por el contrario, se trata de un sistema fiscalizado y protagonizado por las mismas personas sobre las que debe aplicarse, y en que “al entregarse a la víctima del daño la acción para reclamar sus perjuicios, el bien general se cautela mediante la acción privada”.⁷²

De allí que, de un modo que resume muy bien las conclusiones de este capítulo, Weinrib señale lo que sigue en relación a la agencia del demandante dentro del sistema de derecho civil:

Aún más, la correlatividad resalta la razón moral para señalar al demandado como sujeto responsable. Debido a que el incumplimiento de un deber por parte de este agente vulnera el derecho de quien sufre el daño, la responsabilidad refleja que el demandado ha cometido una injusticia. La responsabilidad, por lo tanto, no consiste en poner un precio, dar licencia o establecer un impuesto sobre un acto permisible de forma retrospectiva. Tampoco se señala al demandado como un medio apropiado para acceder a un fondo de seguros capaz de dispersar el coste global del daño. Contrariamente, la correlatividad indica también por qué el demandante, de entre todas las personas, tiene derecho a ser resarcido.

⁷¹ Zimmermann, 1990, p.918.

⁷² Barros, 2006, p. 427, a propósito de la titularidad en las acciones de derecho civil. La misma idea, con ocasión de las concepciones instrumentales del derecho civil que, como se dijo, jamás renuncian a esta agencia particular, en p. 47 de la misma obra. Una reflexión en torno a esta característica del derecho privado, teniendo como principal referencia su rol respecto del calentamiento global en Kysar, D. (2018). The public life of private law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism. *European Journal of Risk Regulation* 9(1): pp. 48-65. Sobre este tipo de reflexiones se volverá hacia el final del trabajo.

El demandado viola un vínculo normativo no con el mundo en general, sino específicamente con la persona respecto de quien tenía el deber. Al interponer una acción, el demandante no se erige en el representante del interés general en la eficiencia económica o de cualquier otro aspecto del bienestar general. El demandante demanda literalmente por derecho propio, como la víctima del acto injusto del demandado.⁷³

Por eso es también que muchos de los autores que comparten el análisis instrumental del derecho privado, y de la responsabilidad civil en particular, se acercan al tema de la protección ambiental, y especialmente al caso del cambio climático, y concluyen que la gran mayoría de los roles que actualmente juega la regulación pública deben permanecer exactamente allí: en las manos de la autoridad.⁷⁴

C. IDEAS FINALES: EL ENCANTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La tesis del capítulo ha quedado enunciada: desde su origen, y aún en nuestros días, el derecho civil está estructurado en torno a la noción de individuo, y sus formas están precisamente pensadas para regular las relaciones que surgen entre los individuos correlativamente considerados, es decir, las relaciones interindividuales.

Sin embargo, la historia de la humanidad está marcada por el cambio, y hemos revisado cómo esos cambios han influido en el derecho civil de distintas maneras. De hecho, un aspecto curioso de esta historia es que, comúnmente, cuando aparece una nueva tecnología, una nueva forma de organización o un problema determinado que antes no existía, siempre se alzan voces proponiendo que los riesgos asociados a estas 'novedades' sean enfrentados desde la responsabilidad civil. Aún más, no parece arriesgado decir que la responsabilidad civil

⁷³ "Moreover, correlativity highlights the moral reason for singling out the defendant for liability. Because the actor's breach of duty infringes the sufferer's right, liability reflects the defendant's commission of an injustice. Liability is therefore not the retrospective pricing or licensing or taxing of a permissible act. Nor is the defendant singled out as a convenient conduit to an accessible insurance pool that might spread the overall cost of harm. Conversely, correlativity also indicates why the plaintiff in particular is entitled to recover. The defendant violates a normative bond not with the world at large but specifically with the person to whom the defendant owed the duty. In bringing an action, the plaintiff does not step forward as the representative of the public interest in economic efficiency or in any other condition of general welfare. The plaintiff sues literally in his or her own right as the victim of the defendant's unjust act". Weinrib, 2012 a, p. 143.

⁷⁴ Schroeder, C. (2002). Lost in the Translation: What Environmental Regulation does that Tort Cannot Duplicate? Washburn Law Journal, 41: pp. 583-586.

extracontractual se ha transformado, en lo que va de historia, en una suerte de paradigma de la idea socio-jurídica de responsabilidad.⁷⁵

¿Por qué pasa eso? ¿Qué es lo que tiene la responsabilidad civil extracontractual que la transforma en el primer candidato para lidiar con los nuevos problemas que va trayendo el progreso? Difícil decirlo. Sin embargo, algunas ideas se pueden reseñar en este sentido.

En primer lugar, el modelo descentralizado de control, en que los ciudadanos son a la vez regulados y fiscalizadores tiene una característica que puede resultar muy atractiva: desde un cierto punto de vista, la responsabilidad civil es un espacio del derecho en el que las partes son empoderadas hasta tal punto, que el Estado pone a su disposición todo el aparato jurisdiccional y su fuerza ejecutiva para que estas, aunque sea persiguiendo su propio interés, reafirmen el sistema de derechos garantizado por el Derecho.⁷⁶

En segundo lugar, al definir los derechos y deberes que luego los propios ciudadanos aplican y controlan en la forma que antes se revisó, la responsabilidad extracontractual no se limita al ámbito de lo legislado. A través del uso de conceptos normativos indeterminados, ésta se entrelaza con las concepciones sociales espontáneamente compartidas de lo correcto e incorrecto, de lo que está bien y lo que está mal hacer en relación a otro y, al hacerlo, necesariamente se mezcla con el modelo de persona que rige en una sociedad y en un momento determinado, cuestión que resulta del todo atractiva para enfrentar problemas que aún no reciben una respuesta sistemáticamente legislada por el poder público.⁷⁷

Finalmente, en su forma de operar, la responsabilidad extracontractual actúa muy basada en la idea de indemnidad y, al hacerlo, refuerza la idea básica que subyace al contractualismo social: que la sociedad debe de ser algo beneficioso para las personas que la conforman. Que mi vecino no puede dañarme, y a medida que me alejo de casa, tampoco pueden hacerlo el resto de mis conciudadanos; pues la ciudad es un lugar de protección, y no de amenaza, y porque la sociedad existe para el beneficio recíproco de sus integrantes, y no al revés.⁷⁸

⁷⁵ Femenías, 2017 b, p.32.

⁷⁶ Kysar, 2018, p. 57.

⁷⁷ Femenías, 2017 b, pp. 32-33; En el mismo sentido, a propósito de una argumentación en contra de las concepciones instrumentales, Pantaleón, 2003, p. 24. Una reflexión análoga, planteando que la responsabilidad civil juega un rol fundamental en mantener la cohesión social por la vía de introducir consideraciones morales normativas que exigen considerar el bienestar del resto de los individuos en una sociedad, Gerhard, 2008, *passim*.

⁷⁸ Díez-Picazo, 2011, p.20

Esta es la idea, y aunque en el capítulo que sigue se estudiarán las características que hacen del calentamiento global una especie de paradigma de aquello que no puede ser enfrentado por la vía de la responsabilidad civil, me parece que hay mucho de sensato en el intento de relacionar este problema con la institución de la responsabilidad civil. Hacia el final de esta tesis se volverá sobre este punto.

CAPÍTULO II: EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO PARADIGMA DEL CONFLICTO ANTI-CIVIL. CONFLICTOS
DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

A. INTRODUCCIÓN: LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA EN EL CONTEXTO DEL CAMBIO GLOBAL

COAL CONSUMPTION AFFECTING CLIMATE.

The furnaces of the world are now burning about 2,000,000,000 tons of coal a year. When this is burned, uniting with oxygen, it adds about 7,000,000,000 tons of carbon dioxide to the atmosphere yearly. This tends to make the air a more effective blanket for the earth and to raise its temperature. The effect may be considerable in a few centuries [las calderas del mundo actualmente queman aproximadamente 2.000.000.000 de toneladas de carbón al año. Cuando es quemado, y se une con el oxígeno, éste añade aproximadamente 7.000.000.000 toneladas de dióxido de carbono a la atmósfera por año. Esto tiende a hacer que el aire sea un cobertor más eficaz para la tierra y a levantar su temperatura. El efecto puede ser considerable en pocos siglos].

Con estas palabras, el miércoles 17 de Julio de 1912, el periódico australiano “The Braidwood Dispatch and Mining Journal” describía, por primera vez en la prensa popular, el fenómeno atmosférico que, aproximadamente desde los años 50, conocemos como calentamiento global.⁷⁹ Desde entonces, a través de una historia bastante errática, éste ha pasado a ser uno de los temas más presentes en el foro mundial, y ha concentrado progresivamente la atención de científicos,

⁷⁹ En general el fenómeno es denominado indistintamente ‘calentamiento global’ (global warming) y cambio climático (climate change). Los conceptos no aluden a lo mismo. El calentamiento global alude al incremento de la temperatura de la atmósfera derivada de una mayor presencia de gases de efecto invernadero en ella. El cambio climático -que en ocasiones es simplemente llamado ‘cambio global’- alude al amplio espectro de consecuencias derivadas de la mayor presencia de estos gases en la atmósfera. Generalmente estas consecuencias son ocasionadas directamente por el incremento de la temperatura, pero ellas abarcan algunos procesos diferentes e incluso independientes a este, como es el caso de la acidificación de los océanos producto de la mayor concentración de dióxido de carbono (sobre las consecuencias del calentamiento global como una cuestión diferente al sólo incremento de la temperatura, Emanuel, K. (2012). What We Know About Climate Change. Cambridge, Massachusetts: Boston Review. The MIT Press, pp. 47 y siguientes). En circunstancias que ambos fenómenos se encuentran muy vinculados, y que la diferenciación precisa no es relevante para el tema de este trabajo, ambos conceptos son usados indistintamente. Sin embargo, todo lo que se diga del calentamiento global debe entenderse aplicable al cambio climático, que de entre los dos conceptos, es el más amplio.

gobiernos, organizaciones internacionales, políticos, empresas y ciudadanos a lo largo del globo.⁸⁰

Conforme el consenso científico en torno al tema se ha consolidado, y los efectos del fenómeno se han agudizado, una serie de medidas y metas han sido sugeridas para enfrentarlo, hasta que en el marco de la XXI Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21), celebrada el año 2015 en París, se estableció el siguiente objetivo:

Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático.⁸¹

Sin embargo, las negociaciones orientadas a reducir las emisiones de gases causantes del calentamiento global han enfrentado serias dificultades políticas, y a varios años de las primeras descripciones del problema, parece ser que los Estados, empresas y población en general nos encontramos todavía lejos de alcanzar las metas deseadas.⁸² Solo para hacerse una idea, en 2009 el Consejo Asesor Alemán para el Cambio Global calculó que para alcanzar la meta de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2°C, desde 2010

⁸⁰ La nota de prensa referida es Coal consumption affecting climate. (1912). The Braidwood Dispatch and Mining Journal, New South Wales, Australia, 17 de julio, p.4. Disponible para consulta en la página de internet de la Librería Nacional de Australia [en línea] <<https://trove.nla.gov.au/newspaper/page/10951717>>. Una de las primeras referencias –si no la primera– en que el fenómeno del que se viene hablando fue descrito como “calentamiento global” (*global warming*) se encuentra en la nota sobre la polución realizada en 1957 en un periódico de Indiana: Air Pollution One of Biggest Problems Facing America Today. (1957). The Hammond Times, Munster, Indiana, Estados Unidos de Norteamérica, 6 de noviembre, p. B-2. Un recuento sobre la historia de cómo este fenómeno fue descrito, nombrado, discutido y luego aceptado en Weart, S. (2003). The Discovery of Global Warming. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Un recuento crítico de la historia del fenómeno, y de su aceptación en Powell, J.L. (2011). The Inquisition of Climate Science. Nueva York: Columbia University Press.

⁸¹ Acuerdo de París. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 2.

⁸² En este sentido, es bastante ilustrador que, en sus planes de inversión a futuro, algunas de las principales compañías que explotan combustibles fósiles se hayan propuesto, para 2025, extraer un 25% más de petróleo respecto a las cifras de extracción de 2017. Sobre el punto, véase el reportaje The Truth About Big Oil and Climate Change. The Economist, International, Londres, Reino Unido, edición de 9 de febrero de 2019. Publicado en <<https://www.economist.com/leaders/2019/02/09/the-truth-about-big-oil-and-climate-change>>.

hasta 2050 las personas debiesen limitarse a un presupuesto de emisión de 2.7 toneladas de dióxido de carbono per cápita al año.⁸³

En otras palabras, en un viaje de ida y vuelta en avión desde Santiago a Iquique, una persona consume más del 25% de su cuota anual; una persona que realiza un viaje mensual en avión entre Concepción y Santiago consume en ello el 92,4% de su cuota anual; y al llenar un automóvil estándar con 50 litros de bencina a la semana, una persona consumiría 6.72 toneladas de carbono; un 248% de su cuota anual.⁸⁴ Como es de esperar, según los datos del propio estudio, que están reflejados en la figura 1, gran parte de la población mundial, incluyendo a la chilena, se encuentra por debajo de la reducción necesaria para mantener la temperatura media dentro del umbral previsto como seguro.

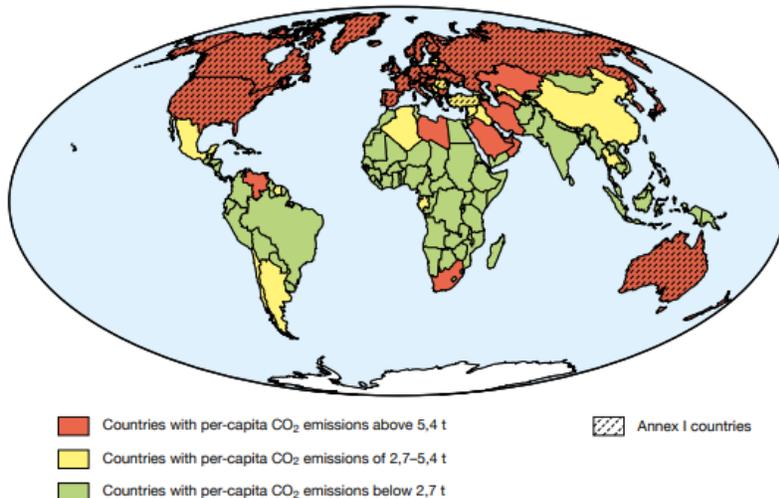


Figura 1: Emisiones anuales per-cápita de dióxido de carbón por país, diferenciadas según nivel, y calculadas para el año 2005. Fuente, WBGU, Schellnhuber, H *et al.* 2009, p.19.

⁸³ German Advisory Council ON Global Change (WBGU), Schellnhuber, H *et al.* (2009). Solving the Climate Dilemma: The Budget Approach (special report 2009) Disponible [en línea] <<http://pure.iiasa.ac.at/id/eprint/8947/1/XB-09-902.pdf>>. Un segundo estudio que enfrentó el problema del calentamiento global desde una perspectiva individual, atribuyendo cuotas anuales de consumo, determinó que la meta de mantener el incremento de temperatura global por debajo de los 2°C podía lograrse con una cuota anual de 5.0 toneladas per cápita de dióxido de carbono. De la Fuente, A., Rojas, M. y Mac Lean, C. (2017). A Human-Scale Perspective on Global Warming: Zero Emission Year and Personal Quotas. [en línea] <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0179705>>.

⁸⁴ Los valores en emisiones de carbono de los viajes en avión entre Iquique y Santiago, y entre Concepción y Santiago están calculados en base a los datos generados por la fundación Carbonfund.org, una organización sin fines de lucro dedicada a calcular el impacto global en emisiones de dióxido de carbono para individuos y empresas. [en línea] <<https://carbonfund.org/>>. El valor en emisiones de un estanque de bencina de 50 litros, junto al costo en emisiones de otras actividades representativas, en De la Fuente, A., Rojas, M. y Mac Lean, C. 2017. p. 13, tabla 1. Los valores son los mismos en cantidad, pero el porcentaje respecto a la cuota anual aparece calculado sobre el presupuesto de 5.0 toneladas per cápita anuales ofrecido por el estudio.

Esta diferencia entre las metas propuestas y las alcanzadas, la percepción de que falta un acuerdo político determinante en la materia y un consenso científico que parece ser cada vez mayor en torno a la seriedad del problema,⁸⁵ han determinado que, a lo largo del globo, entre las distintas vías de acción disponibles, las personas e instituciones más preocupadas del fenómeno recurran cada vez más al derecho como forma de enfrentar el calentamiento global. En efecto, desde un número cercano a 60, en 1997, las leyes e instrumentos normativos referidos al cambio climático, principalmente en occidente, han crecido sostenidamente en los últimos años hasta llegar a 1.400, en 2017, y en varios de los países que, como Chile, aún no cuentan con un marco jurídico integral referido al tema, existe una presión cada vez mayor porque este tipo de normas sean adoptadas.⁸⁶

Como parte de este proceso, y siguiendo estrategias muy variadas, ha ocurrido que en distintos países, de un modo cada vez más marcado, el calentamiento global ha sido llevado a los tribunales. Ya sea a través de demandas de autoridades públicas que piden compensación por los costos de adaptación en que han incurrido,⁸⁷ demandas contra el Estado por asumir compromisos demasiado bajos en la reducción de emisiones,⁸⁸ demandas contra compañías

⁸⁵ Respecto al acuerdo científico existente en torno al calentamiento global y sus efectos, aunque aún existen muchas preguntas sin resolver, el debate se ha inclinado cada vez más hacia aceptar la existencia del fenómeno y la urgencia de las medidas que deben ser llevadas a cabo para mitigarlo y adaptarse. Un breve recuento de lo que actualmente sabemos sobre este fenómeno, en Emanuel, K., 2012. *What We Know About Climate Change*, citado más arriba. Sobre el cada vez mayor consenso científico sobre estos puntos, véanse los sucesivos informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) disponibles en su página de internet <https://archive.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml>.

⁸⁶ Sobre este proceso de expansión en la regulación del calentamiento global, véase *The Economist*, International, Londres, Reino Unido, edición de 4 de noviembre de 2017. Publicado en internet el 2 de noviembre de 2017 en <<https://www.economist.com/international/2017/11/02/climate-change-lawsuits>>. En relación a las voces que en Chile, cada vez con más fuerza, abogan por una legislación especial referida al calentamiento global, véase Moraga, P. (2009). *El Nuevo Marco Legal Para el Cambio Climático*. Santiago: Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM 2009; en el mismo sentido, el completo informe redactado por las investigadoras Pilar Moraga y Sol Meckievi para el Centro para el Cambio Climático e Investigación en Resiliencia: Center for Climate Change and Resilience Research. (2016). *Análisis Comparativo de Legislación de Cambio Climático*. Disponible en internet en: <<http://www.cr2.cl/documentos-finales-proyecto-propuesta-de-marco-legal-e-institucional-para-abordar-el-cambio-climatico-en-chile/>>.

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, los casos estadounidenses *City of New York v. BP p.l.c.*; *Board of County Commissioners of Boulder County v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc.*; *King County v. BP p.l.c.*; *City of Oakland v. BP p.l.c.*; *California v. General Motors Corp.*

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, los casos *Turp v. Minister of Justice and Attorney General of Canada*, en Canadá; *Environment-People-Law v. Ministry of Environmental Protection*, en Ucrania; *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy*, en el Reino Unido; *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, en Nueva Zelanda; *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium & Others*, en Bélgica; *Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council*, en el contexto institucional de la Unión Europea; y en el contexto de Estados Unidos, los casos *Juliana v. United State*; *Aji P. v. State of Washington*; *Kanuk v. Alaska*; *Sanders-Reed v. Martinez; Filippone v. Iowa Department of Natural Resources*, entre otros. De entre este tipo de casos, hay dos que, al haber llegado a resultados favorables a los demandantes, se han vuelto especialmente conspicuos. Así, el caso *Leghari v. Federation*

que no publican adecuadamente la información sobre los efectos globales de sus inversiones,⁸⁹ o a través de demandas basadas en derechos humanos, los tribunales a lo largo del mundo se han visto enfrentados cada vez más a casos en que, de un modo u otro, el calentamiento global es el objeto central de la discusión. Aún más, este proceso ha sido facilitado por la aparición de un mayor número de regulaciones nacionales y supranacionales que facilitan la construcción de estándares normativos referidos al tema. Como muestra la figura 2, desde la década de los 90, la aparición tanto de juicios como regulaciones referidas al calentamiento global ha vivido un aumento casi ininterrumpido y claramente acelerado.⁹⁰

of Pakistan, en Pakistan, y, especialmente, el caso *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, al que se hace referencia más adelante.

⁸⁹ Véanse, por ejemplo, los casos *Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia* y el acuerdo jurisdiccionalmente ejecutable entre la Comisión Australiana para la Competencia y el Consumidor Australian y la compañía *V8 Supercars Australia Pty. Ltd.*, en Australia; y, en el contexto de Estados Unidos, los casos *von Colditz v. Woods; Montini v. Woods; People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation; New York City Employees' Retirement System v. TransDigm Group, Inc.; Fentress v. Exxon Mobil Corp.* Otros casos de litigación climática basados en el derecho comercial y los gobiernos empresariales han buscado derechamente impugnar decisiones de inversión de entidades privadas debido a los efectos de éstas en el calentamiento global. Así, el caso *ClientEarth v Enea*, en Polonia, en que se impugnó la decisión de construir una central eléctrica de carbón; o el caso *Harvard Climate Justice Coalition v. President & Fellows of Harvard College*, en Estados Unidos, en que se pidió que se ordenase a Harvard Management Company que dejase de invertir fondos de la Universidad en empresas relacionadas a la emisión de gases de efecto invernadero. Sobre la importancia de este tipo de litigios en el contexto de la litigación climática, y los posibles efectos que puede tener en otros tipos de casos vinculados al calentamiento global, véase Ganguly, G., Setzer, J. y Heyvaert, V. (2018). *If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*. *Oxford Journal of Legal Studies* 38(4): pp. 858 y siguientes. Asimismo, respecto a las recomendaciones normativas relativas al estándar de entrega de información financiera vinculada al calentamiento global, véase el informe final del grupo de trabajo sobre divulgaciones financieras vinculadas con el clima creado por el Consejo de Estabilidad Financiera, Taskforce on Climate-Related Financial Disclosures, 'Recommendations of the Taskforce on Climate Related Financial Disclosures'. (2017) [en línea] <www.fsb-tcfd.org/publications/final-recommendations-report/>.

⁹⁰ En relación al aumento en el número de litigios vinculados al calentamiento global, además de los datos reunidos por *The Economist*, véase el reportaje de Drugman, D. (2018). 2018 in *Climate Liability: When a Trend Became a Wave*. [en línea] *Climate Liability News*. 30 de diciembre de 2018, disponible en <<https://www.climateliabilitynews.org/2018/12/30/2018-climate-liability/>>. El número y tipo de casos vinculados al cambio climático, separados según los fundamentos de la demanda, y el país en que se presentan, pueden ser consultados en la base de datos actualizada que mantiene el Sabin Center for Climate Change Law de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, disponibles en Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP. (2019). *Climate Change Litigation Databases*. [en línea] <<http://climatecasechart.com/>>. Entre los autores, un recuento y clasificación de los distintos tipos de casos en Okubo, N. (2013). *Climate Change Litigation: A Global Tendency*. En: Ruppel, O. Roschmann C., y Ruppel-Schlichting K. (Eds.), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. Se ha propuesto que, en la base del creciente número de juicios vinculados al calentamiento global, se encuentra la frustración de activistas y abogados respecto de la inactividad de instancias de gobierno que en principio parecen las más adecuadas para lidiar con el problema, como gobiernos, parlamentos o instancias de negociación internacional (Kysar, 2018, p. 51; y Ewing, B., y Kysar, D. (2011). *Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm*. *Yale Law Journal*, 121(2): 350-424).

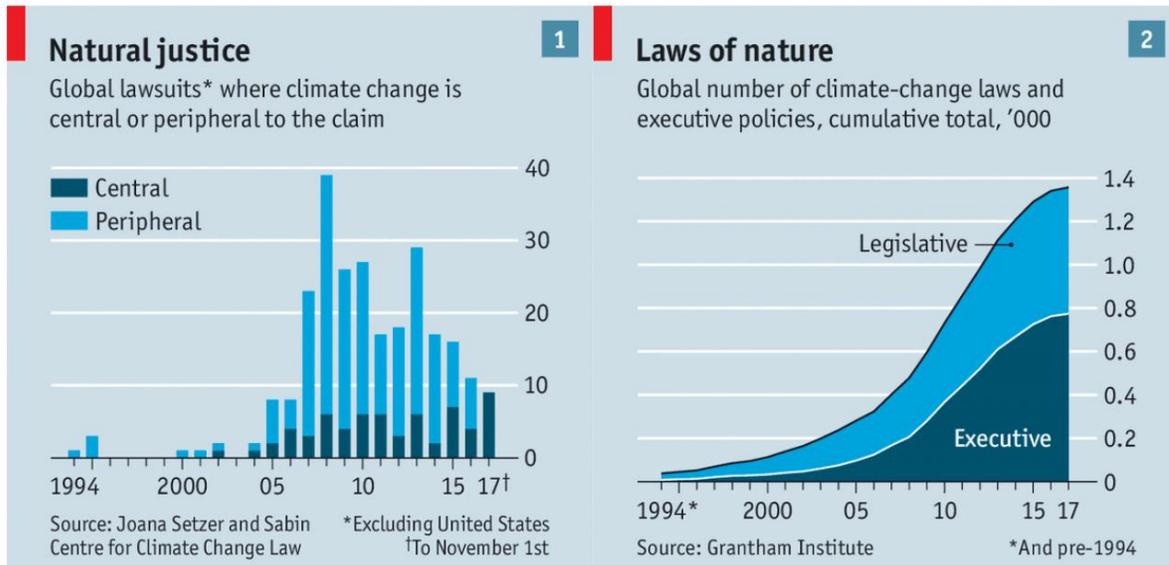


Figura 2: el cuadro 1 muestra la incidencia de juicios relacionados al calentamiento global desde la década de los noventa, diferenciando los casos en que éste constituye el elemento central de discusión de aquellos en que es solo periférico. El cuadro 2 muestra el número de regulaciones referidas al tema en el mismo período, diferenciando entre las de origen legislativo y ejecutivo. Fuente: New Green Advocates. 2017. The Economist, International, Londres, Reino Unido, edición de 4 de noviembre. Publicado en internet el 2 de noviembre de 2017 en <<https://www.economist.com/international/2017/11/02/climate-change-lawsuits>>.

Aunque no es posible trazar una división uniforme de lo que constituye la base de cada una de las demandas presentadas, sino que estas muchas veces se entremezclan según las características de cada ordenamiento y las estrategias de los abogados, un grupo importante dentro de estos juicios está constituido por demandas de algún modo basadas en las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.⁹¹ En circunstancias que se trata de un conjunto de normas de gran generalidad en torno al comportamiento esperable de los agentes en una sociedad, la responsabilidad extracontractual se ha mostrado como un terreno prometedor para litigantes que buscan hacer responsables a los agentes sindicados como principales responsables de las emisiones de gases efecto invernadero, como típicamente es el caso de

⁹¹ Es necesario destacar que, en el contexto general de la 'litigación climática', los juicios basados en las reglas de la responsabilidad no son en absoluto los más numerosos. Sin embargo, la importancia que no han tenido numéricamente, la han tenido simbólicamente, de manera que concentran buena parte de los comentarios especializados sobre el tema. Véanse, por ejemplo, Hunter y Salzman, 2007; Kysar, 2011; Kysar 2018; Ganguly, G., et al., 2018. Es sugerente respecto de esta importancia el que, incluso en el conocido caso *Urgenda* (referido en detalle más abajo), en que se desafiaron algunas decisiones de gobierno del Estado holandés, los litigantes y jueces hayan preferido abordar el tema desde las reglas de cuidado debido que, sobre normas similares a las chilenas, existen en el Código Civil holandés.

empresas que explotan combustibles fósiles,⁹² generadoras eléctricas y minas de carbón,⁹³ empresas automotoras, etc.⁹⁴

Asimismo, como muestra la figuras 3, el mayor desarrollo de la llamada ‘ciencia del cambio climático’ ha hecho posible identificar con un nivel de certidumbre que se presenta como cada vez mayor, cuáles son específicamente los agentes causantes del mayor número de emisiones, y de qué formas estas han incidido en los diferentes eventos climáticos extremos que ya se han dejado sentir a lo largo del globo, facilitando relativamente la labor de los litigantes al momento de establecer la culpa, el daño y la relación de causalidad en sus demandas.⁹⁵⁻⁹⁶

⁹² Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, que concentra el mayor número de juicios de este tipo, los casos *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*; *Comer v. Murphy Oil USA, Inc.*; *City of New York v. BP p.l.c.*; *Mayor & City Council of Baltimore v. BP p.l.c.*; *Rhode Island v. Chevron Corp.*; fuera de Estados Unidos, véase en Holanda *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. Datos de la base de datos sobre la litigación del cambio climático del Sabin Center for Climate Change Law, de la Universidad de Columbia.

⁹³ Véase el caso *American Electric Power Co. v. Connecticut*, en Estados Unidos; y el caso *Lliuya v. RWE AG*, en Alemania.

⁹⁴ Véase el caso *California v. General Motors Corp.*

⁹⁵ Hunter y Salzman, 2007; Ganguly *et al.*, 2018, pp. 852 y siguientes. En ambos trabajos se propone derechamente que, tras una primera ola de casos que no llegaron a buen puerto, los rápidos avances de la ciencia envuelta en el cambio climático permitirán que una segunda generación de este tipo de casos sí tenga posibilidad de conseguir éxitos judiciales relevantes.

⁹⁶ Estos avances han sido llevados adelante principalmente por el Climate Accountability Institute y el proyecto Carbon Majors, que tiene como objetivo cuantificar y trazar las emisiones históricas de gases con efecto invernadero, y atribuir las a los principales agentes que han estado emitiendo este tipo de gases como resultado de sus actividades industriales. Entre sus reportes se señala, por ejemplo, que el 52% del dióxido de carbono liberado a la atmósfera desde inicios de la revolución industrial es atribuible a solo 100 compañías. Sus resultados se pueden consultar en los reportes disponibles en la página de internet del instituto, disponible en Climate Accountability Institute. Carbon Majors. 2018. [en línea] <<http://climateaccountability.org/carbonmajors.html>>. Asimismo, véase el más reciente reporte de 2017 realizado por el Carbon Disclosure Project y el Climate Accountability Institute: Griffin, P. Carbon Disclosure Project y Climate Accountability Institute. (2017). The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017 [en línea] Inglaterra. Disponible en <<https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1499691240>>. Un resumen de los principales resultados del informe en Riley, T. (2017). Just 100 Companies Responsible for 71% of Global Emissions, Study Says. [en línea] The Guardian. 10 de julio de 2017. <<https://www.theguardian.com/sustainable-business/2017/jul/10/100-fossil-fuel-companies-investors-responsible-71-global-emissions-cdp-study-climate-change>>.

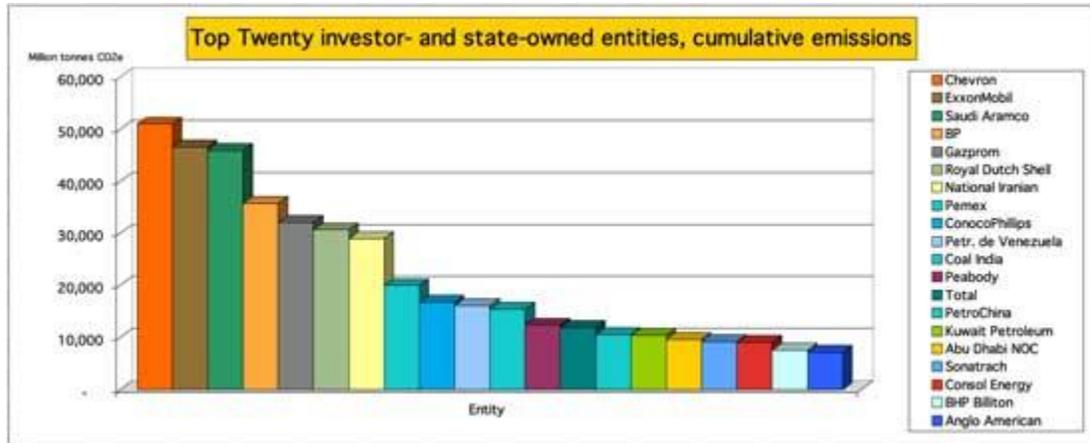


Figura 3: emisiones de dióxido de carbono (CO₂) acumuladas entre 1854 y 2010 de los 20 principales emisores asociados a la explotación de combustibles fósiles, excluyendo a los Estados. Fuente: Climate Accountability Institute. Carbon Majors. 2018. [en línea] <<http://climateaccountability.org/carbonmajors.html>>.

En el capítulo anterior se intentó mostrar cómo las reglas de responsabilidad extracontractual desde su origen han estado centradas en la existencia de un daño individual; y que, sin perjuicio de que el derecho siempre está abierto a la modificación, existen razones lógicas y estructurales de peso que explican que esta figura cumpla el rol de ser fuente y medida de un sistema que se ha basado, a través de los años, en la actividad de los propios particulares para ‘hacer girar las ruedas de la justicia’. Bajando un nivel de abstracción, lo que sigue de este capítulo buscará mostrar los principales problemas que han sido identificados cuando estas reglas de responsabilidad son expuestas a la litigación del cambio climático.

B. CONFLICTOS DE DERECHO CIVIL ASOCIADOS A LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

Antes de entrar en los conflictos civiles asociados a la litigación del cambio climático, conviene detenerse en una observación previa. De entre todos los elementos de la responsabilidad civil, los conflictos que se presentan en este trabajo están principalmente relacionados al daño. Sin embargo, desde que la culpa consiste en la falta del cuidado debido en una conducta susceptible de causar daño, y la causalidad es una forma de relacionar la acción u omisión culpable con el daño, lo que se diga respecto de éste, y sin perjuicio de los desarrollos propios

en cada uno de estos elementos, va a tener relevancia si se analiza la litigación climática desde la perspectiva de la culpa o la causalidad.⁹⁷

1. Primer conflicto: riesgos del cambio climático y aceptación social

Antes de entrar en el resto de los conflictos asociados a la concreción del daño en el contexto de la litigación del cambio climático, conviene detenerse en un punto que, por su generalidad, les antecede. Y es que, por grave que esto pueda parecer, es muy discutible que los riesgos asociados al calentamiento global revistan, para el conjunto de la sociedad, la gravedad suficiente como para ser protegidos en el sistema de responsabilidad extracontractual. Más allá de las declaraciones, y la construcción de un relato cada vez más fuerte en torno a la seriedad del problema, lo cierto es que aún hoy, las actividades más fuertemente asociadas al calentamiento global son, en los hechos, consideradas beneficiosas, y reciben un fuerte apoyo de los Estados a lo largo del globo. Para fundar esta idea, me parece necesario explicarla en los dos puntos siguientes.

a) El daño como concepto normativo indeterminado

Antes ya se mencionó, pero toca ahora referirse a ello más extensamente. El daño, igual que el resto de los elementos de la responsabilidad extracontractual, es un concepto normativo e indeterminado. Refleja acuerdos subyacentes que la sociedad ha tomado en torno a lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto y, en sentido más técnico, al tipo de afecciones que pueden asumirse como un costo necesario de la vida social y las que no.⁹⁸ Por eso, aunque en los distintos ordenamientos el daño está a la base del sistema de responsabilidad civil, rara vez es definido. Por el contrario, la definición de lo que debe contar como un daño civil es una cuestión precisada a través de la jurisprudencia, y que en el derecho chileno se ha canalizado en la exigencia de que el daño sea significativo.⁹⁹

⁹⁷ En efecto, aunque la responsabilidad civil construye la relación obligatoria a partir de una serie de elementos, todos ellos se encuentran fundamentalmente relacionados unos con otros, y no se puede desarrollar un análisis acabado de uno sin tocar de una u otra forma los demás. En relación al rol interconectado del daño con los demás elementos, Weinrib, 2012 a, p. 158.

⁹⁸ Lin, 2006, p. 901.

⁹⁹ Sobre la normatividad del daño en general, y el requisito de significación en particular, Barros, 2006, pp. 226 y siguientes. La misma idea, concebida como “tipificación social del daño”, en Garcia, J.A. (2018). El Daño en la Responsabilidad Civil. En: Papayannis, D. y Pereira, E. (Eds.). Filosofía del Derecho Privado. Madrid: Marcial Pons, pp. 291-292. Específicamente respecto del carácter normativo del daño en la responsabilidad ambiental, de la mano de la figura anglosajona del *nuisance*, Ruhl, 2008, p. 775.

Esto tiene mucha importancia en el punto que se quiere mostrar. El problema fundamental de la responsabilidad extracontractual está dado por las afecciones que las personas se pueden producir recíprocamente al formar parte de una sociedad.¹⁰⁰ En un contexto general de libertad, en que todo lo que no está prohibido se debe entender permitido, el daño a otros es el elemento legitimador que permite la intervención de la actividad pública. En palabras muy célebres: “la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás”.¹⁰¹ Así, aunque generalmente la distinción entre lo que debe y lo que no debe indemnizarse pasa por la culpa o ilicitud de la conducta, la naturaleza de los intereses afectados, así como la intensidad de la afección, juegan un rol igualmente importante en la definición de cuáles impactos serán considerados daño y cuáles no.¹⁰²

b) El Casino del clima. Aceptación social de los riesgos asociados al cambio climático¹⁰³

Así las cosas, la pregunta que se plantea es si para la sociedad actual, independiente de lo razonable o poco razonable que esto pueda parecer, los riesgos asociados al calentamiento global son suficientemente graves como para que se pueda decir, con justicia, que quien altere la composición química de la atmósfera terrestre comete un daño socialmente intolerable. Esto es, se trata de determinar si dicho riesgo no forma parte de los costos normales de la vida moderna y si, en consecuencia, el daño en que aquél se materialice debe ser remediado por su autor.

Conviene indicar, sin embargo, que en esta formulación hay una especie de trampa. Muchos de los daños que están detrás de las demandas que se han presentado en el contexto de la litigación climática son bastante más graves que una alteración química de la atmósfera. Inundaciones, costos millonarios de adaptación, o huracanes con una fuerza casi sin

¹⁰⁰ Schopf, 2015, pp. 921-922.

¹⁰¹ John Stuart Mill. (1859). *Sobre la Libertad*. Trad. Azcárate, P. (2013). Madrid: Alianza, p. 80. Un tratamiento actualizado de esa idea en Lin, 2006, pp. 898-902. Respecto al rol fundamental de la responsabilidad extracontractual y los ámbitos de protección, Schopf, 2015, *passim*.

¹⁰² Schopf, 2015, *passim*, pero especialmente entre pp. 923 y 924, y a partir de p. 934, con referencia a cómo el valor social de las distintas actividades susceptibles de causar daño determina la existencia de distintos ámbitos diferenciados de protección en la responsabilidad extracontractual, particularmente a propósito de los daños puramente patrimoniales y los atentados contra la honra y privacidad. Otro desarrollo de cómo la protección civil varía dependiendo del ámbito, con referencia también a los daños puramente patrimoniales, en Zimmermann, 1990, pp. 1022 y siguientes.

¹⁰³ El título de esta sección está inspirado en el trabajo de William Nordhaus (2013). *The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World*. New Haven: Yale University Press.

precedentes son todos daños que cualquiera de nosotros estimaría significativos. Sin embargo, respecto de estos eventos los problemas de causalidad son tan profundos que, al margen de los posibles desarrollos futuros en esta sede, se hace demasiado difícil vincularlos a la agencia de un demandado, sea en particular o colectivamente.¹⁰⁴ Por ahora parece razonable evaluar, apuntando a lo más sencillo, qué actitud tienen las personas respecto de aquellos agentes que, huracanes aparte, ejercen una actividad que inyecta grandes cantidades de gases efecto invernadero en la atmósfera.

La respuesta, lamentablemente, parece ser que no se trata de una actitud de particular rechazo. Inyectar gases que inciden positivamente en el calentamiento global todavía no es una afección significativa del interés de nadie y, por ende, no puede entrar en el grupo de afecciones socialmente definidas como daños civiles. En un mundo en el que hace solo 5 años los subsidios con fondos públicos a los combustibles fósiles fueron cuatro veces mayores que los entregados a las energías renovables,¹⁰⁵ y en el que todos consumimos y emitimos más carbono que el que debiésemos para alcanzar las metas de emisiones que nos hemos puesto, no parece haber un acuerdo social en torno a la significación de inyectar a la atmósfera gases que contribuyen al calentamiento global.

Si todo el CO₂ que se emite en Santiago de Chile con ocasión del transporte (aproximadamente diez millones de toneladas en 2014)¹⁰⁶ fuera emitido por un único automóvil gigante,

¹⁰⁴ Sobre los conflictos de la relación de causalidad en el panorama general del daño ambiental, Corral, H. (2008). La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil por daño al Medio Ambiente. Cuadernos de Extensión Jurídica, 15, *passim*, pero especialmente a partir de p. 207. Sobre las dificultades casi insalvables que el tema supone en relación al calentamiento global, Kysar, 2011, pp. 29 y siguientes; Ganguly et al., 2018, p. 849; Banfi, C. (2019 b). Sobre la Responsabilidad Civil por Cambio Climático en Chile. Acta Bioethica 25 (2), p.156 y siguientes y, con especial referencia a la aplicación del principio precautorio, Banfi, C. (2019 a). Riesgos en la Aplicación del Principio Precautorio en Responsabilidad Civil y Ambiental. Texto aprobado para su publicación en la Revista Chilena de Derecho (46) 3, pp. 8 y 16 y siguientes.

¹⁰⁵ Para un resumen del estado de los subsidios en 2016, véase Planelles, M. (2016). Los Combustibles Fósiles Reciben el Doble de Subsidios que los Renovables [en línea] El País. 16 de noviembre de 2016 <https://elpais.com/internacional/2016/11/16/actualidad/1479293012_872888.html>. Para otra descripción del tema, y de los proyectos de reforma, véase el reporte de la Agencia Internacional de Energía, presentado en el año 2015, colaborando con la OECD: OECD/International Energy Agency. (2015). [en línea] <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2015SpecialReportonEnergyandClimateChange.pdf>>, especialmente a partir de p. 90.

¹⁰⁶ Universidad de Santiago de Chile, Departamento de Física. (2014). Informe Final del estudio Actualización y Sistematización del Inventario de Emisiones de Contaminantes Atmosféricos en la Región Metropolitana. [en línea] <https://sustempo.com/website/wp-content/uploads/2015/07/Inventario-de-emisiones-RM_USACH_2014.pdf> p, 34. Para una perspectiva de la evolución de las externalidades ambientales asociadas al transporte, incluyendo las emisiones de CO₂ en América Latina y el mundo, véase el reporte de la CEPAL sobre políticas de logística y movilidad; Rojas, P. *et al.* (2015). Políticas de Logística y Movilidad. Antecedentes para una Política Integrada y Sostenible de Movilidad. Volumen 1. Informe de Naciones Unidas [en línea]

conducido por solo una persona, podríamos entre todos considerar que su conducta nos afecta significativamente. Pero no es así. En 2018, en Santiago existían 2.124.481 vehículos motorizados en circulación¹⁰⁷, y día a día todos nos beneficiamos y fomentamos extensamente el desarrollo de actividades que aumentan la cantidad de gases relacionados al calentamiento global. En suma, también respecto del calentamiento global nos encontramos con la triste y clásica verdad de que la mayoría de las actividades que dañan al medio ambiente son tan beneficiosas en otros aspectos, que su eliminación drástica –se dice– generaría más perjuicio del que actualmente producen.¹⁰⁸

Lo anterior puede ser verdad o no, pero mientras este sea el estado de cosas ocurre que, irónicamente, no será justo decir que quien desarrolla una actividad que emite gases asociados al calentamiento global se esté desviando del estándar de comportamiento de la sociedad en general, ni que esté afectando significativamente un interés que sea objeto de especial protección en el derecho civil. Por el contrario, siguiendo una analogía muy gráfica, la humanidad se encuentra, a este respecto, aún jugando en los salones del casino climático.¹⁰⁹

2. Segundo conflicto: incertidumbre

a) Certidumbre del daño

El daño es fuente y medida de la responsabilidad civil.¹¹⁰ A la base del sistema de responsabilidad extracontractual está, según hemos visto, la idea de preservar la indemnidad de las personas reparando los daños que les son injustamente inferidos. A diferencia de otras ramas del derecho, la sede civil solo toma en cuenta las conductas culpables o no culpables –

<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39711/1/S1501004_es.pdf>, pp. 61 y siguientes; una tabla con las emisiones de contaminantes diferenciadas por agente e industria emitidos en Santiago de Chile durante 2014, incluyendo los valores para el CO₂, en p.65.

¹⁰⁷ Los datos relacionados al parque automotriz de las diferentes ciudades del país, y su evolución anual pueden ser consultados en Instituto Nacional de Estadísticas; Transporte y Comunicaciones. Anuarios; Parque de Vehículos disponible [en línea] en la página de internet <<https://www.ine.cl/estadisticas/economicas/transporte-y-comunicaciones?categoria=Anuarios>>.

¹⁰⁸ Respecto a la forma en que se han tenido que desarrollar las figuras de ilicitud de comportamientos contaminantes que previamente se consideraron irrelevantes, normales o incluso beneficiosos, Feinberg, J. (1987). *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*. Nueva York: Oxford University Press, p. 230. En relación a cómo este problema se presenta en general respecto de todos los problemas de contaminación, Banfi, 2015, p.18.

¹⁰⁹ Nordhaus, W. (2013). *The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warimng World*. New Haven: Yale University Press.

¹¹⁰ Barros, 2006, pp. 215 y siguientes.

en el caso de la responsabilidad estricta- cuando el riesgo que representan se materializa en un daño.

Consecuencia natural de esto es el principio de que el daño debe ser cierto. Es decir, que para constituir el fundamento y objeto de la obligación, su ocurrencia, incluso futura, debe quedar suficientemente probada. En palabras de Weinrib, “[s]in una lesión en las manos del actor, no hay víctima ante quien el actor sea responsable.”¹¹¹ Desde luego, esto no significa que no pueda existir compensación por daños futuros, como típicamente es el caso del lucro cesante. Lo que significa es que, para dar origen a la responsabilidad civil, los daños futuros deben presentar un grado razonable de certeza, lo que jurisprudencialmente se traduce en exigir que su ocurrencia sea la consecuencia natural del estado de cosas generado por el acto injusto.¹¹²

b) El calentamiento global como problema de certezas

Lo anterior supone un problema para los demandantes en los casos de litigación climática. En ocasiones estas demandas se basan en daños ya ocurridos, como es el caso del juicio *Comer v. Murphy Oil USA, Inc.*, en que se demandó por los daños asociados al huracán Katrina;¹¹³ o del juicio *Board of County Commissioners of Boulder County v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc.*, relacionado a los costos ya incurridos producto de un mayor número incendios, olas de calor, sequías e inundaciones.¹¹⁴ En estas situaciones, la sede más conflictiva pasa a ser la causalidad.¹¹⁵ No obstante, existen otros casos en que el objeto del juicio son los daños futuros asociados al cambio climático, pidiéndose a los tribunales que ordenen a los demandados financiar medidas de adaptación,¹¹⁶ o derechamente detener conductas que aumentan los riesgos asociados al calentamiento global.¹¹⁷ Sin ir más lejos, en el primer caso de litigación climática basado en reglas de responsabilidad extracontractual que fue efectivamente acogido por un tribunal, el caso *Urgenda*, la argumentación del fallo pasó precisamente por la existencia de un deber de

¹¹¹ “Without injury at the actor’s hands, there is no sufferer to whom the actor is liable.” Weinrib, 2012 a, p. 153.

¹¹² Barros, 2006, pp. 237 y siguientes; Banfi, 2019 b, pp. 155-156.

¹¹³ 718 F.3d 460 (5th Cir. 2013).

¹¹⁴ D. Colo., 09/05/2019 (Martinez, J.).

¹¹⁵ Véanse Kysar, 2011, pp. 29 y siguientes; y Ganguly *et al.*, 2018, p. 849.

¹¹⁶ *People of the State of California v. General Motors Corp No C06-05755 (ND Cal, 17 September 2007)*.

¹¹⁷ Con este fin ha sido usual que, en el ámbito del *Common Law*, se acuda a la figura del *Injunctive Relief*, que consiste en una orden del tribunal que requiere al demandado hacer o no hacer algo, y es de algún modo alternativa a la indemnización en dinero. En nuestro derecho esto equivale a la ‘reparación en naturaleza’, que a su vez puede tener por fin remover un daño ya ocurrido, o evitar uno que es inminente. Sobre el uso de *injunctive reliefs* en el *Common Law*, Rawson, E. (1998). *Injunctive Relief in Environmental Cases*. *Natural Resources & Environment*, 13(1), pp. 363-375. Sobre la reparación en naturaleza, Barros, 2006, pp. 871 y siguientes.

cuidado consistente en la adopción de todas las medidas posibles para evitar daños futuros que se intuyen catastróficos.¹¹⁸

Contrastado con el principio de certidumbre, esta centralidad de riesgos todavía inciertos es un problema fundamental de la litigación ambiental en general, y de la climática en particular. Por eso se ha dicho que:

La incertidumbre del daño se proyecta así como una sombra que oscurece prácticamente todos los presupuestos de la responsabilidad civil. Por ello, el análisis del concepto de daño ecológico puro solo puede ser completo si se inquiere también cómo sus características y, en especial, ese halo de incertidumbre que lo acompaña por todas partes, influyen sobre quién debe estar legitimado para exigir la responsabilidad, en su caso; a quién pueda exigírsela, qué pueda reclamar, bajo qué condiciones o con qué presupuestos, cómo valorar el daño, cómo garantizar la reparación, qué alcance deba tener ésta, etc.¹¹⁹

Una estrategia para superar este problema es considerar que el solo riesgo de un perjuicio futuro constituye, en sí mismo, un daño indemnizable, de manera de transitar desde la responsabilidad como la reparación de un riesgo ya materializado, hasta la creación del riesgo en sí como objeto de reparación.¹²⁰

Una forma de hacer esto es acudiendo a una teoría cuya procedencia hoy es relativamente indiscutida: la pérdida de una chance, que parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido como un problema de daño.¹²¹ Por la vía de entender que la mera desaparición de la oportunidad de evitar daños u obtener beneficios constituye un daño indemnizable, esta

¹¹⁸ *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and the Environment), fallo de primera instancia: Tribunal de Distrito de La Haya, causa N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396; fallo de segunda instancia, Corte de Apelaciones de la Haya, mismo número de causa; número de fallo: 200.178.245/01. En este caso, pese a que hubo alegaciones centradas la aplicación directa de la Convención Europea de Derechos Humanos para resolverlo, el tribunal de primera instancia, y luego la Corte de Apelaciones de La Haya, dieron una importancia esencial a las normas de responsabilidad civil, especialmente a la figura del cuidado debido.

¹¹⁹ Rudá, 2005, p. 5.

¹²⁰ Un recuento crítico de esta opción, en Weinrib, 2012 a, pp. 156 y siguientes.

¹²¹ Tapia, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, 2: pp. 251-252.

teoría introduciría un concepto espiritualizado de daño, que no requiere transitar un trecho demasiado largo para transformar al riesgo en el objeto de un juicio de responsabilidad.

Sin embargo, todo parece indicar que la pérdida de una chance no es verdaderamente un problema de daño, sino de causalidad; y que tiene el exclusivo sentido de administrar la incertidumbre respecto de la responsabilidad que cabe a ciertos agentes que, aunque aumentaron la probabilidad de ocurrencia de un daño, o disminuyeron la posibilidad de obtener un beneficio, no pueden en justicia ser hechos responsables de la totalidad de los daños.¹²²

Otra estrategia es considerar que el objeto de la demanda no es el riesgo de un daño futuro, sino los costos o gastos actuales que implica la existencia de ese riesgo. Por ejemplo, los pacientes que han sido expuestos a sustancias promotoras de enfermedades graves a menudo son puestos bajo intenso monitoreo médico, incurriendo en costos cuya compensación estarían autorizados a exigir de quienes han emitido las sustancias respectivas. De la misma forma, los Estados o personas más expuestos a sufrir los efectos del calentamiento global –como es el caso de Chile– debiesen incurrir, y de hecho incurren, en costos de prevención y adaptación cuyo reembolso podrían pedir de los agentes más directamente vinculados a la emisión de gases de efecto invernadero.¹²³

Con todo, el éxito de esta estrategia parece improbable. En primer lugar, en el derecho comparado el reembolso de costos de monitoreo ha sido limitado a los casos en que estos son estrictamente necesarios según la prescripción de un médico autorizado; y, aunque la ciencia del cambio climático ha avanzado sustancialmente, aún no cuenta con el refinamiento y experiencia que tiene la ciencia médica, ni menos con la autoridad para ser hecha valer ante

¹²² Por eso se explica que, en el caso que el daño en cuestión no llegue a producirse, o el beneficio esperado sí se concrete, la chance perdida no tenga relevancia propia. En contra de la idea de que el riesgo pueda ser un daño por sí mismo, Weinrib, 2012 a, pp. 156-158. Sobre la conveniencia de tratar la pérdida de una chance como una cuestión de causalidad, Barros, 2006, pp. 240 y 378 y siguientes.

¹²³ A modo de ejemplo, el año 2016 se calculaba que la inversión de Chile en medidas de adaptación al cambio climático llegaba a más de \$26.000.000.000 (González, C. (2016). Chile ha gastado \$26.500 millones en adaptarse al cambio climático. [en línea] La Tercera. 3 de noviembre de 2016 <<https://www.latercera.com/noticia/chile-ha-gastado-26-500-millones-adaptarse-al-cambio-climatico/>>). La indemnización de los gastos de monitoreo como una medida civil en contra de quien causa un riesgo significativo de daño puede consultarse en Kysar, 2011, pp. 42 y siguientes, y 69 y siguientes. En relación a los costos de adaptación al calentamiento global, estos han sido objeto de juicios indemnizatorios en los casos *People of the State of California v. General Motors Corp* No C06-05755 (ND Cal, 17 September 2007); *Kivalina v ExxonMobil Corporation et al* 696 F.3d 849, 2012 WL 4215921 (9th Cir 2012); y *Board of County Commissioners of Boulder County v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc.* (D. Colo., 09/05/2019 {Martinez, J.}).

los tribunales que en cambio sí ostenta la primera. En segundo lugar, esta teoría implica probar que la actividad particular del demandado ha contribuido significativamente a aumentar el riesgo que justifica el monitoreo, cuestión que supone difíciles cuestiones de causalidad en el contexto del cambio climático.¹²⁴ Finalmente, aunque la exposición a riesgos y sus costos de monitoreo asociados parece una vía más plausible, la teoría se encuentra con el problema revisado en el número anterior. A saber, para que un riesgo reciba protección en la responsabilidad extracontractual, este debe ser normativamente considerado como inaceptable, cuestión que todavía es difícil de argumentar en el caso del cambio climático.¹²⁵

c) Incertidumbre en torno a las medidas

Como dificultad final de la litigación del cambio climático desde una óptica civil, ocurre que aunque se sorteasen todas las dificultades anteriores, todavía existe incertidumbre en torno a cuáles son las medidas más aceptadas para poner fin o atenuar los riesgos asociados al calentamiento global.

En el propio caso *Urgenda*, los tribunales debieron recurrir al principio precautorio para justificar por qué las medidas impuestas al Estado holandés serían una forma eficaz de enfrentar el riesgo representado por el calentamiento global.¹²⁶ Por lo anterior, un litigante civil tendría primero que justificar la efectividad de sus medidas y, luego, intentar la aplicación en sede civil de un principio propio del derecho ambiental, cuya aplicación en un juicio ordinario civil parece muy dudosa.

En suma, el estado actual de la ciencia climática aún está marcado por un nivel de incertidumbre que hace muy difícil imaginar que, aplicando una lógica puramente civil, un tribunal llegase a otorgar la protección que nuestro sistema, y en general el derecho comparado, reservan para los daños ciertos. En palabras de Weinrib, y desde un enfoque de justicia correctiva:

¹²⁴ Kysar, 2011, pp. 42-44.

¹²⁵ Sobre la normatividad y mutabilidad del concepto de daño ambiental, Lin, 2006, pp. 898 y siguientes; con referencia a la aceptación social de los riesgos del calentamiento global en sede de culpa, Kysar, 2011, pp. 10 y siguientes.

¹²⁶ *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* {Ministry of Infrastructure and the Environment}, fallo de primera instancia: Tribunal de Distrito de La Haya, causa N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396; fallo de segunda instancia, Corte de Apelaciones de la Haya, mismo número de causa; número de fallo: 200.178.245/01.

El riesgo es siempre el riesgo de algo. En la justicia correctiva, ese algo abarca el derecho que define el reclamo del demandante. El riesgo se refiere a la posibilidad de una pérdida normativa. No es en sí la pérdida normativa.¹²⁷

3. Tercer conflicto: inexistencia de un daño individual

a) Introducción. El calentamiento global como el más colectivo de los daños colectivos

En el capítulo anterior se trató cómo a lo largo de su historia, y también en el diseño de su estructura, la responsabilidad civil ha tenido en el centro la figura del individuo. Su indemnidad en el contexto de la vida social, la protección de una esfera de intereses que le es propia y, en suma, la reparación de los daños que sufre en esa esfera. Asimismo, se vio que al menos desde el punto de vista de la justicia correctiva, este tipo de protección solo existe sobre bienes de titularidad individual, y no puede predicarse sobre los llamados bienes comunes, en que este tipo de titularidad parece imposible.¹²⁸

Toca ahora volver sobre este problema desde una perspectiva más concreta, y explicar cómo el calentamiento global, aunque afecte a un gran número de personas, no actúa produciendo el tipo de afecciones que legitima a una persona para pedir la protección que el sistema de responsabilidad otorga, típicamente, a través de la acción indemnizatoria. Dejando a los causantes de lado, en esta sección se revisarán los problemas que enfrenta la litigación climática específicamente en la persona de la víctima.

El punto de partida de estos problemas es, precisamente, la naturaleza global del fenómeno. En la medida que los efectos actuales y esperados del calentamiento atmosférico se presentan todo a lo largo y ancho del planeta, no resulta fácil identificar a las víctimas de los daños que éste pudiese generar. Por el contrario, una afectación del clima es una afectación que se produce sobre la totalidad, o sobre gran parte de la población humana.¹²⁹

¹²⁷ "Risk is always the risk of something. In corrective justice, that something encompasses the right that defines the plaintiff's claim. Risk refers to the possibility of a normative loss. It is not itself the normative loss." Weinrib, 2012 a, p. 158.

¹²⁸ Como se indicó en la sección B.3.a del capítulo anterior, la idea de un derecho individualizado sobre el clima, al menos en una fundamentación kantiana, es un imposible lógico. Es decir, va en contra de sus propios fundamentos: si los derechos nacen para conciliar la autonomía de los individuos, un derecho individual sobre un bien tan amplio y general como el clima, sería incapaz de dejar al resto de los individuos la autonomía que este mismo derecho debía cautelar en primer lugar.

¹²⁹ Es cierto que algunos de los efectos previstos del calentamiento global debiesen afectar áreas determinadas, como es el caso de los huracanes, las sequías y algunos tipos de inundaciones. Sin embargo, buena parte de los efectos

Si esto es así, el problema fundamental que supone la responsabilidad climática a este respecto pasa por determinar quién puede reclamar, y qué es lo que puede reclamar. Según lo visto en el capítulo I, es casi imposible idear una titularidad individual respecto de un bien tan amplio como el clima. Además, aun si esto fuera posible, respecto de un daño que sufrimos todos, no es claro por qué alguien, por sobre todo el resto, pudiese reclamar para sí una indemnización o reparación de cualquier tipo; cuál sería el remedio pedido en semejante juicio; y, finalmente, cuáles serían los límites de la pretensión del actor y las opciones del juez.¹³⁰

De lo anterior se sigue que en este tipo de casos, en que se afecta un bien tan común como el clima, el daño a un interés de titularidad individual no puede cumplir el rol tradicional de fuente y medida de la responsabilidad. Necesariamente el demandante, sufra un daño civil o no, va a estar demandando la reparación de dicho bien común y, al hacerlo, pide una reparación que va más allá de la afección particular que él haya sufrido. Así, además, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia respecto de la categoría más general del daño al medio ambiente.¹³¹

Una alternativa es recurrir a la figura de los intereses difusos o colectivos. En efecto, el derecho civil cuenta con mecanismos para resolver el problema de daños que afectan a un número

adversos del cambio climático se dejarán sentir desagregados a lo largo del globo. Este es el caso, por ejemplo, de la acidificación de los océanos, el aumento del nivel del mar, la pérdida de especies nativas, etc. Incluso los daños más focalizados podrían tener efectos indirectos sobre una enorme parte de la población, por la vía de reducir la producción de alimentos, generando migraciones masivas e inestabilidad política, entre otros. A ello se suma la incertidumbre respecto de lo que en verdad pueda pasar y dónde, que implica costos de prevención repartidos en muchos lugares del globo. Una breve referencia a los efectos que podría conllevar el calentamiento global, en Emanuel, 2012, pp. 51 y siguientes.

¹³⁰ En general respecto a este problema en el daño ambiental, Rudá, 2005, pp. 65 y siguientes; en el cambio climático en particular, Rudá, A. (2018). La Responsabilidad de los Estados por el Cambio Climático a la luz de Urgenda. ¿Un Futuro Prometedor o un Camino Hacia Ninguna Parte? En Nagao, D., De Paula, E., Vedovato, L. (Eds.) *Migração, Mudança Climática e Economia Social em um Mundo Globalizado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, pp. 1-21.

¹³¹ Aunque más adelante se volverá sobre la forma en que estos temas son tratados en el régimen de daño ambiental, basta por ahora indicar que el daño al medio ambiente, o el “daño ecológico puro”, representa la afección genérica de un bien común respecto del que el ‘daño climático’ es solo una especie. Sobre la supra individualidad del bien afectado en el caso del medio ambiente, Femenías, 2017 b, pp. 79 y siguientes; con expresa mención a este problema en el contexto del calentamiento global, Ruda, 2018. En la jurisprudencia nacional, se pueden mostrar dos casos muy representativos en torno a cómo, a partir de la afección de bienes comunes, la reparación que pide el demandante excede la esfera de su afección particular. El primero es el conocido caso “legionarios de cristo”. En él, el Consejo de Defensa del Estado demandó la reparación del daño ambiental producido por el demandado en un predio que le pertenecía, de modo que si algún daño civil existía, este era sufrido por el propio demandado, mostrando la independencia de ambas pretensiones (Corte Suprema, 28 de octubre de 2015, rol N° 3.003-2015). En el segundo caso, el propietario de un fundo pidió la reparación del daño ambiental ocasionado por el colapso de un relave minero que afectó a un área mucho mayor que el predio del primero. El Tribunal, pese a las alegaciones de los demandados, ordenó la reparación íntegra del daño, con independencia de la fracción en que el demandante estaba personalmente afectado (Segundo Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2016, rol D-14-2014, considerandos 21 y siguientes, especialmente considerando 25).

indeterminado de personas (daños difusos), o bien que afectan a un número determinado, pero en una intensidad que impide considerar al daño como individualmente significativo (daños colectivos). En ambos casos la consecuencia es que no existen los incentivos para que los demandantes accionen pidiendo la defensa jurisdiccional de sus derechos, y se genera una “apatía racional” de los afectados.¹³²

Con todo, los daños asociados al calentamiento global son tan extensos, que es posible trazar una diferencia importante entre estos y las figuras del daño difuso o colectivo. Los problemas de daño difuso o colectivo son atendidos típicamente por medio de mecanismos procesales como una legitimación activa ampliada en la figura de las acciones de clase, o por la representación colectiva a cargo de instituciones dedicadas a la protección de este tipo de intereses.¹³³ Sin embargo, en el caso del calentamiento global, no hay claridad en torno a la cantidad de personas que debiese agregarse para demandar en primer lugar. Y aun si esto se resolviese, la duda persiste en torno al remedio que constituiría el objeto de pedir en un juicio semejante.

En suma, la naturaleza colectiva del bien afectado, y la ubicuidad de la afección generan un vacío en lo que se refiere al daño, de manera que sea cual sea la posición del demandante; sufra un daño o no, al pedir la reparación o cautela de un bien tan común como el clima, necesariamente va a exceder los límites de su propia afección. El daño particular podrá ser entonces el fundamento de la acción, pero no el límite de la responsabilidad.

b) El problema de la función limitadora del daño en las acciones que buscan la protección de bienes comunes

Llegado a este punto, uno podría preguntarse por la relevancia que tiene que el daño cumpla no solo el rol de fundamento de la responsabilidad, sino que también el de límite de esta. Si no se asume una postura de justicia correctiva radical, el que una persona solo pueda demandar en presencia de un daño deja de tener como consecuencia necesaria que el límite de la responsabilidad esté marcado por ese mismo daño.

¹³² Respecto a los daños difusos y colectivos en general, Barros, 2006, pp. 242-243. Respecto a el fenómeno de la apatía racional en el contexto del calentamiento global, Rudá, 2018.

¹³³ Sobre la representación procesal de este tipo de intereses, Barros, 2006, pp. 243-245.

En efecto, mientras la función de fundamento del daño no ha sufrido objeciones mayores, la función delimitadora del alcance de la responsabilidad ya ha sido desafiada, por ejemplo, a propósito de la admisibilidad o inadmisibilidad de los daños punitivos en el derecho chileno;¹³⁴ y se ha mostrado con éxito que, independiente de la importancia que se conceda a la justicia correctiva, el sistema de responsabilidad en Chile y el derecho comparado es también un instrumento retributivo, en que los límites de la obligación reparatoria son sensibles no solo a la entidad del daño, sino que también al comportamiento del actor.¹³⁵

Con este antecedente, y teniendo a la vista la urgencia que supone el problema del calentamiento global, bien podría concluirse que basta con remover este rol limitador del daño personal desde el seno de la responsabilidad y permitir que, independiente del daño sufrido, las personas actúen como guardianes del bien común climático. Mal que mal, si se trata de combatir las devastadoras consecuencias que anuncia este fenómeno, todos los medios son válidos.

¹³⁴ Siguiendo al derecho anglosajón, que acepta la procedencia de este tipo de pagos por el demandado, se ha propuesto dar cabida en Chile a esta figura, racionalizando una cuestión que, en los hechos, ya parece producirse en la jurisprudencia. Sobre los daños punitivos en el sistema del *Common Law*, Calabresi, G. (2005). *The Complexity of Torts - The Case of Punitive Damages*. En Madden, M.S (Ed.). *Exploring Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 333-351. Sobre la eventual procedencia de los daños punitivos en el derecho chileno, Pino, A. (2016). *La Restitución de Ganancias Ilícitas y la Acción del Provecho por Dolo Ajeno*. *Revista Ius et Praxis* 22(1), pp. 232 y siguientes; y Segura, F. (2005). *Algunas Consideraciones Sobre la Pena Privada y los Daños Punitivos en el Derecho Civil Chileno*. En Varas, J.A y Turner, S (Eds.). *Estudios de Derecho Civil. Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil (Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005)*, Santiago: Editorial LexisNexis, pp. 635-655. Específicamente respecto a la relevancia de consideraciones punitivas al momento de fijar la extensión del daño moral, con una perspectiva crítica, Barros, 2006, pp. 1 y siguientes. Crítico de la admisibilidad de los daños punitivos en la tradición del derecho continental, Pantaleón, 2003, pp. 19 y siguientes. Una consagración legislativa de la procedencia de consideraciones punitivas en la evaluación del daño puede verse en el inciso final del artículo 23 de la Ley de protección de datos personales. En un nivel más general, puede argumentarse que, en el contexto de las relaciones restitutorias, el artículo 907 del Código Civil contiene una norma indemnizatoria en que el monto de ésta es fijado con independencia de los daños que, en los hechos, haya sufrido el demandante.

¹³⁵ La relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual puede reconocerse sin llegar al punto de aceptar la procedencia de las indemnizaciones punitivas. En primer lugar, esta relevancia ha sido estudiada y demostrada a propósito de las condiciones para que ciertas actividades especialmente valiosas den lugar a responsabilidad. En segundo lugar, el dolo puede tener gran relevancia causal, destruyendo el límite de previsibilidad que existe respecto de actos negligentes, y permitiendo la recuperación de todos los daños directos, previsibles e imprevisibles. Sobre la relevancia del dolo en la responsabilidad civil, véanse Banfi, C. (2012). *Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes*. *Revista Ius et Praxis* 18(2), pp. 3-32; Banfi, C. (2017). *De la Función Punitiva de la Responsabilidad Aquiliana en Francia: Algunas Implicancias para la Comprensión del Derecho de Daños Chileno*. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 30 (1); y Banfi, C. (2017). *Relevancia del Dolo en la Responsabilidad Extracontractual Chilena: Una Relectura desde el Derecho Inglés*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 24 (2).

Esto puede ser una buena idea o no. Sin embargo, antes de tomar la decisión conviene recordar algunos rasgos de diseño de nuestro sistema de derecho civil que, aunque sea para darlos por superados, no deben ser ignorados.

c) La desconfianza por los actos de gracia en el ordenamiento civil

“Nuestro sistema civil desconfía de las liberalidades”. Esta frase, o alguna similar, casi sin lugar a dudas ha sido escuchada o leída por los estudiantes de derecho que, año a año, preparan su examen de grado, y está contenida en algunos de los más conspicuos manuales de derecho civil de nuestra tradición.¹³⁶ La razón, desde luego, es que la frase es cierta. Sea a propósito de los requisitos de ciertos contratos gratuitos; en la regulación de la acción pauliana, o en los efectos de ciertos actos frente a terceros; el Código Civil chileno es reticente a que las personas actúen de manera graciosa.

El ejemplo más cercano a lo que se viene hablando existe a propósito de la nulidad absoluta de los actos jurídicos. Ésta es una sanción de ineficacia para los actos que adolecen de objeto o causa ilícita, o a los que falta algún requisito o formalidad que la ley exige en consideración a su naturaleza (artículo 1682). En varias de sus causales está comprometido no solo el interés de las partes contratantes, sino que también el interés público en el imperio del derecho. Por esta razón, al regular la legitimación activa para ejercerla, el Código Civil dispone que ésta puede tener lugar a instancias del juez, del ministerio público, o de cualquiera “que tenga interés en ello” (artículo 1683). Sin embargo, desde muy temprano se ha entendido que, pese a la enorme amplitud de la frase, los particulares solo pueden demandar la nulidad cuando el interés que llevan envuelto en ella es pecuniario y actual; mientras que el resguardo de la moral, la ley y las buenas costumbres queda en manos del ministerio público o del juez, que son los encargados de cautelar los bienes más generales.¹³⁷

Si ahora aplicamos esto a la relación que existe entre la cautela de bienes comunes y la responsabilidad extracontractual, nos encontraremos con una situación bastante parecida. En ambos casos está envuelto un interés en la reparación de lo ocurrido que excede al solo interés de quien haya sido víctima o parte del acto. La diferencia, es que uno de los dos casos fue expresamente resuelto en el Código y el otro no. Y la forma en que el Código lo resolvió fue

¹³⁶ Así, por ejemplo, Abeliuk, R. (2009). Las Obligaciones. 5^{ta} ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 81.

¹³⁷ Vial, V. (2011). Teoría General del Acto Jurídico. 5^{ta} ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 250 y siguientes.

vedando expresamente la posibilidad de que sean los particulares los encargados de cautelar el interés público.

Para terminar el análisis de los conflictos de derecho civil que enfrenta la litigación climática, se verán algunas de las principales razones que explican por qué, al menos al momento de su promulgación, esta actitud del Código Civil fue del todo razonable.

El diseño del sistema de derechos civiles

El primer punto en el que conviene detenerse es el diseño del sistema. No solo en materia de responsabilidad extracontractual, sino que en casi la totalidad de las materias que componen el derecho privado, éste se caracteriza por estar construido en base a normas que permiten a las propias personas ser quienes determinan sus relaciones jurídicas. Donde esto es más claro es en el principio de autonomía de la voluntad que rige el derecho de contratos. Sin embargo, puede decirse que, en general, el derecho privado está estructurado sobre relaciones espontáneas de personas que son, a la vez, creadoras y receptoras de sus reglas.¹³⁸

La posibilidad de que algo así exista depende, en gran parte, de la certeza en torno a cuál será el comportamiento de las personas en el ejercicio del poder que el propio sistema les reserva. La manera en que el derecho asegura esta certeza es por la vía de asumir tipos de intereses que estandarizadamente serán perseguidos por los receptores de sus reglas. De un modo semejante al de la mano invisible de Adam Smith, el derecho privado se basa en pautas de comportamiento que no dependen de las características morales de cada individuo, sino de su actitud cuando alguien incumple lo que le prometió; o cuando alguien toma o rompe lo que es suyo.

Fuera de los límites definidos por estos comportamientos sociales típicos, los impulsos morales que puedan guiar a una persona no solo están fuera del sistema, sino que no ofrecen siquiera un atisbo de la certeza que sí ofrecen los modelos de buena madre o buen padre de familia sobre los cuáles está construido nuestro sistema civil. En palabras más simples, se puede esperar una infinidad de respuestas posibles cuando se trata de cómo una persona reaccionará frente a la tala de un árbol, o la caza de ballenas en aguas internacionales; pero este abanico se

¹³⁸ De ahí la frase de Reinhard Zimmermann citada en el primer capítulo de este trabajo, en torno a que, desde sus albores, el derecho privado es un sistema que ha dependido de los individuos para mantener rodando las ruedas de la justicia. Zimmermann, 1990, p.918.

reduce a casi una única opción cuando la duda es cómo reaccionará cuando es atropellada, o defraudada en una relación contractual.

Desde otra perspectiva, conviene agregar que mientras las aparentes liberalidades pueden muchas veces ser algo diferente de lo que parecen, es muy extraño que lo que se presenta como una decisión guiada por intereses patrimoniales sea distinto de eso.

Por eso se dice, una y otra vez, que un sistema basado en la agencia individual, como el derecho privado, es inadecuado para proteger suficientemente los bienes públicos; y es por eso también que, cuando tuvo la oportunidad de regularlo, nuestro Código Civil prefirió dejar que el ministerio público o el juez cautelaran el interés de la moral o la ley, circunscribiendo el rol de los particulares a la defensa de los intereses respecto de los que sí se puede razonablemente predecir cuáles serán su conducta y sus intereses.

Llevando el punto ahora específicamente a la pregunta en cuestión, esta es una razón muy de peso para que, en la configuración de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, las partes litigantes hayan sido legitimadas para recuperar solo lo que perdieron y vean sus pretensiones limitadas al daño que personalmente hayan sufrido.¹³⁹

El rechazo al enriquecimiento sin causa

Otra razón, menos relacionada con la defensa de intereses públicos, pero sí vinculada al rol limitador del daño sufrido, es el rechazo al enriquecimiento sin causa.¹⁴⁰

No regulado expresamente, pero sí en la base de muchas de las instituciones de derecho privado, este principio supone, específicamente respecto de la responsabilidad extracontractual, que el hecho de haber sufrido un accidente no es razón para incrementar el patrimonio o el bienestar. Por el contrario, se asume que la responsabilidad extracontractual no tiene como sentido la creación de riqueza, sino que la protección de la que ya existe, canalizando los costos de la vida en comunidad.¹⁴¹

¹³⁹ Una fundamentación de este rol limitado de las partes, centrado en un análisis de justicia correctiva, en Weinrib, 2012 a, pp. 142 y siguientes.

¹⁴⁰ Sobre la validez de este principio en el derecho chileno, Peñailillo, D. (1996). El Enriquecimiento sin Causa. Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones. Revista de Derecho Universidad de Concepción 200: pp. 8-40.

¹⁴¹ Schopf, 2015, p. 921. Una referencia a cómo las distintas acciones basadas en la responsabilidad extracontractual deben articularse para evitar una doble indemnización y el consecuente enriquecimiento sin causa de la víctima, en Barros, 2006, pp. 271; 275; 290.

Aunque la vía es más indirecta, la obtención de medidas de reparación respecto de un daño que solo es sufrido en una porción mínima, aceptando que se demande más allá del daño personalmente sufrido, es una de las razones que los tribunales en el derecho comparado han usado para descartar demandas basadas en la protección de bienes comunes, y que podría ser usada para decidir un eventual juicio climático basado en normas de derecho privado.¹⁴²

Evitar el desarrollo de la 'industria litigiosa'

Para terminar, conviene recordar que, de todas las formas de cautelar un interés, los juicios son un mecanismo especialmente costoso. En la puesta en marcha del sistema jurisdiccional, la generación de prueba, y el pago de honorarios a los abogados, los sistemas judiciales requieren de una gran cantidad de recursos para atender a los intereses que se ventilan a través de ellos.

Por eso, parte importante de la teoría civil ha puesto de relieve que el sistema de derecho privado no existe en el vacío, sino que es solo una pieza dentro de un sistema más amplio, que cuenta con otros mecanismos para la obtención de intereses que no son eficiente ni justamente atendidos a través de la litigación en general, y del derecho privado en particular. Exponiendo estas ideas específicamente a propósito de la obtención de fines regulatorios a través de las normas de derecho privado por la vía de los daños punitivos, Fernando Pantaleón, muy ácidamente, dice lo siguiente:

Y los más sinceros de entre aquellos defensores [de los daños punitivos] prefieren naufragar en Escila: confesar paladinamente que no creen en el Derecho sancionador público; que prefieren uno 'privado', en que las víctimas (o sus abogados) sean sus propios 'fiscales', incentivados (como sus abogados con succulentas *quotas litis*) por la posibilidad de 'indemnizaciones' multimillonarias. Una idea en la que, con toda probabilidad, coinciden con

¹⁴² Así ocurrió en un caso en que un grupo de indígenas de Alaska demandó a una compañía petrolera por los daños culturales asociados a un derrame de petróleo y la consecuente afección de la vida natural sobre la que los nativos organizaban su modo de vida. Al dictar el fallo, el tribunal consideró que, aunque la protección de la vida salvaje es relevante, no existía ningún elemento que diferenciara la posición de los indígenas con la posición de cualquier otro habitante de Alaska en relación al disfrute de la diversidad natural del Estado. *Alaska Natives Class v. Exxon Corp.*, 104 F.3d 1196, 1197 (9th Cir. 1997). Un análisis crítico de este fallo, señalando que de todos los habitantes de Alaska, solo los indígenas han celebrado año a año y por siglos un ritual religioso relacionado a la vida natural, y devuelto a los ríos los huesos de los animales consumidos, en Kysar, 2011, pp. 65 y siguientes.

aquellos delincuentes de blanquísimos cuellos que solo temen las penas ‘no monetizables’: las penas privativas de libertad.¹⁴³

De lo anterior se sigue que los costos asociados a la litigación son razonablemente internalizados cuando se trata de obtener la compensación de los daños efectivamente sufridos. Sin embargo, cuando el pago que se pide en un juicio indemnizatorio está autorizado a exceder el daño sufrido por el demandante, puede ocurrir que recursos que podrían ser valiosos en la cautela del interés que se busca proteger, sean desviados para cubrir los costos de la litigación.¹⁴⁴

C. CONFLICTOS POLÍTICOS Y PROCESALES ASOCIADOS A LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

En la sección anterior de este trabajo se intentó mostrar algunos de los problemas civiles asociados a la llamada litigación climática. En particular, uno de esos problemas es la ausencia de una víctima identificable, y la dificultad de que el daño sufrido por ésta pueda cumplir el rol de límite a la pretensión de un posible demandante.

Un efecto asociado este último conflicto es que el objeto de pedir de un eventual juicio civil se separa significativamente de la reparación del daño que, tradicionalmente, ha caracterizado a la responsabilidad extracontractual. En la medida que en el centro de este juicio se encontraría la afección de un bien común como es el clima, el objeto pedido, sea una indemnización o una medida de reparación en naturaleza, se acercará a la gestión de objetivos comunes que típicamente caracteriza a la regulación estatal.¹⁴⁵

¹⁴³ Pantaleón, 2003, p. 19.

¹⁴⁴ En una línea parecida, respecto a la importancia que juega el requisito de significación en los daños patrimoniales y no patrimoniales, Enrique Barros explica que los costos de litigación actúan como un incentivo a un nivel razonable de litigación allí donde el daño hace las veces de límite de lo que puede ser pedido en sede jurisdiccional (Barros, 2006, p. 226).

¹⁴⁵ Sobre el efecto público de las decisiones judiciales relacionadas con bienes públicos, De Jong, E., Faure, M., Giesen, I., y Mascini, P. (2018). Judge-Made Risk Regulation and Tort Law: An introduction. *European Journal of Risk Regulation*, 9(1): pp. 8 y siguientes. Esto es especialmente patente en el caso de acciones que persiguen la reparación en naturaleza de un daño causado, o bien poner fin a un acto que esté actualmente causándolo. En el derecho chileno, la generalidad de las obligaciones de reparación en naturaleza que tienen su fuente fuera del contrato está vinculada a acciones específicas; como las acciones destinadas a lidiar con las inmisiones, algunos interdictos posesorios específicos, etc. Sin embargo, también es posible que algunas hipótesis comunes de responsabilidad extracontractual sean atendidas por medio de este tipo de obligaciones de hacer o de no hacer. Sobre el sistema de acciones originadas por el daño en el derecho chileno, Barros, 2006, pp. 869 y siguientes, especialmente a partir de p. 871. En el derecho comparado, merece la pena volver a destacar el caso *Urgenda*. Hasta el momento es el único caso basado en normas de la responsabilidad extracontractual que ha sido acogido por un tribunal. En él, sin perjuicio de que hubo alegaciones específicas pidiendo la aplicación directa de la Convención Europea de Derechos Humanos, las normas de responsabilidad civil, especialmente en lo que dice relación con el

Aunque un análisis detallado excede por mucho los límites de este trabajo, esta última sección se aboca a presentar, muy sucintamente, las principales objeciones que este carácter de la litigación climática ha generado desde un punto de vista político y procesal.

1. Primer conflicto: separación de poderes y la legitimidad de los tribunales en las decisiones de política pública

Una de las principales dificultades enfrentadas por los demandantes en los casos de litigación climática es la llamada doctrina de la cuestión política.¹⁴⁶ Especialmente en el derecho de los Estados Unidos, país que concentra el mayor número de este tipo de casos,¹⁴⁷ los tribunales se han negado a conocer de las demandas argumentando que, previo a cualquier análisis de fondo, el calentamiento global constituye una cuestión política que compete resolver a los poderes ejecutivo y legislativo, y no a los tribunales de justicia.

Aunque existen varios criterios para determinar cuándo una petición gira en torno a decisiones políticas y determinaciones de valor no justiciables, en el caso específico del calentamiento global, en que el mundo aún parece estar decidiendo en los pasillos del casino climático,¹⁴⁸ la principal razón que parece estar detrás de la decisión de los jueces es que simplemente no sería justo llevar a los tribunales conductas respecto a las cuales la humanidad aún no define un mensaje claro.¹⁴⁹

debido cuidado, tuvieron un rol muy importante. Sobre esa base, y de un modo muy cercano a la actividad regulatoria, en primera y segunda instancia se condenó al Estado de Países Bajos a reducir sus emisiones por sobre la meta que este originalmente propuso. (*Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* [Ministry of Infrastructure and the Environment], fallo de primera instancia: Tribunal de Distrito de La Haya, causa N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396; fallo de segunda instancia, Corte de Apelaciones de la Haya, mismo número de causa; número de fallo: 200.178.245/01). Un breve comentario sobre el fallo en Fahner, J. (2018). Climate Change before the Courts: *Urgenda* Ruling Redraws the Boundary between Law and Politics [en línea] <<https://www.ejiltalk.org/climate-change-before-the-courts-urgenda-ruling-redraws-the-boundary-between-law-and-politics/>>. En la tradición del *common law*, la relación entre las sentencias judiciales y la regulación parece aún más cercana. En efecto, la figura del *injunctive relief* permite que los demandantes acudan a los tribunales para pedir directamente que se ordene al demandado la toma de medidas que reparen o eviten la producción del daño. Una breve referencia a este tipo de medidas en el contexto del derecho ambiental, en Rawson, 1998 y Ruhl, 2008, p.780.

¹⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las decisiones de no admisibilidad judicial en los casos *People of the State of California v. General Motors Corp* No C06-05755 (ND Cal, 17 September 2007); *American Electrical Power Co (AEP) v. Connecticut* 564 US 410; *Kivalina v ExxonMobil Corporation et al* 696 F.3d 849, 2012 WL 4215921 (9th Cir 2012); y *Comer v Murphy Oil USA Inc* 607 F.3d 1049 (5th Cir 2010).

¹⁴⁷ Según datos del Sabin Center for Climate Change Law, disponibles en Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP. (2019). Climate Change Litigation Databases. [en línea] <<http://climatecasechart.com/>>.

¹⁴⁸ La analogía de la política del cambio climático con un casino de juegos está en Nordhaus, 2013.

¹⁴⁹ Es interesante considerar, desde esta perspectiva, que en materias climáticas podríamos estar asistiendo al surgimiento de un deber de cuidado que, aunque no ha llegado a consolidarse, sí podría llegar hacerlo en los años por venir. Sobre el desarrollo y los criterios que subyacen a la doctrina de la cuestión política, con un enfoque a

Semejante doctrina no existe como figura autónoma en otros ordenamientos. No obstante, la intuición que está tras de ella ha sido acogida con base en la separación de poderes del Estado, criticando el supuesto uso político de los tribunales de justicia que se haría en los casos de litigación climática. Así, al comentar sobre el posible rol de los tribunales de justicia en la gobernanza del cambio climático, Lucas Bergkamp, con un lenguaje muy crítico, expresa lo siguiente:

En un sistema legal, la primera pregunta a responder no es 'qué se decide', sino 'quién decide', y la respuesta a esta pregunta es una cuestión de diseño del sistema, no de oportunismo. Los tribunales, en términos generales, no rinden cuenta, y no pueden ser dados de baja por tomar decisiones inadecuadas. Se ganan su legitimidad y credibilidad a través de su moderación y respeto por los límites de su autoridad. La mayoría de los activistas climáticos parecen perderse este punto fundamental.¹⁵⁰

La crítica tiene varios puntos, que se intentará mostrar en orden. En primer lugar, está la separación de poderes en sí, y se plantea que la adjudicación de este tipo de disputas, como por ejemplo ocurrió en el caso *Urgenda*, es una cuestión inestable, pues borra los contornos del reparto de competencias dentro del Estado.¹⁵¹ Sumado a lo anterior, se agrega que por mucho

favor de la aplicación de la misma, Miller, M. (2010). The Right Issue, the Wrong Branch: Arguments Against Adjudicating Climate Change Nuisance Claims. *Michigan Law Review*, 109(2), *passim*, pero especialmente en pp. 264 y siguientes. Un enfoque crítico de esta doctrina en Thorpe, A. (2008). Tort-Based Climate Change Litigation and the Political Question Doctrine. *Journal of Land Use & Environmental Law*, 24(1), pp. 79-105.

¹⁵⁰ "In a legal system, the first question to answer is not 'what is decided', but 'who decides', and the answer to this question is a matter of system design, not opportunism. Courts, by and large, are unaccountable and cannot be discharged for making improper decisions. They earn their legitimacy and credibility through their restraint and respect for the limits of their authority. Most climate activists seem to miss this fundamental point." Bergkamp, L. (2015). Adjudicating Scientific Disputes in Climate Science: the Limits of Judicial Competence and the Risks of Taking Sides. *Environmental Liability - Law, Policy and Practice* 23(3), p.87. Disponible en línea en <https://www.huntonak.com/images/content/3/0/v3/3058/Adjudicating_scientific_disputes_in_climate_science.pdf>.

¹⁵¹ Una posible respuesta a este punto pasa por considerar que en todo juicio de responsabilidad existen instancias en que los tribunales necesariamente juzgan sobre la base de ciertos valores sociales compartidos y, de alguna manera, se pronuncian en torno a la valía o no valía de un acto determinado. Aunque estén llamados a resolver el caso particular, lo deben hacer con arreglo a principios generales de justicia, que no siempre están en la legislación, sino que a veces son entregados a la creación social espontánea. En este sentido, el afán u obsesión con la litigación no necesariamente es una jugada política para imponer una visión propia, o borrar la separación de poderes. Puede que una consideración de esa clase esté presente, pero es también motivado por la esperanza de que las cortes puedan dar cuenta de nuevos valores sociales, es decir, de un cambio en las valoraciones espontáneas de la comunidad. Otra crítica posible es que, a pesar de que efectivamente la separación de poderes esté comprometida por este tipo de fallos, la verdadera amenaza antecede al fallo mismo, y consiste en la creciente inactividad de los poderes políticos ante las amenazas más apremiantes de nuestra era, entre las que el calentamiento global ocupa un lugar fundamental. En este último sentido, véase Verle Heyvaert en *Urgent Action: Global Perspectives on the*

consenso científico que exista respecto a la ocurrencia y causas del calentamiento global, dicho acuerdo no puede, por sí solo, dictar ningún tipo de medida, sino que él debe apoyarse en soluciones emanadas del poder público competente, en este caso, las autoridades políticas. Lo contrario, se dice, llevaría a una especie de cientificismo normativo rayano en tiranía.¹⁵²

En segundo lugar, una crítica muy interesante es que, aunque existan buenas razones para que los tribunales emprendan la tarea que los otros poderes del Estado han dejado pendientes, el diseño constitucional hace que estos sean un organismo especialmente inadecuado para enfrentar cuestiones políticas. La razón es que, a diferencia de los gobiernos y parlamentarios, que deben ir a elecciones regularmente y enfrentar la posibilidad de ser apartados de sus puestos, los tribunales de justicia no cuentan con una forma institucional de responsabilidad política 'blanda'. Por el contrario, éstos solo pueden ser hechos responsables en casos excepcionalísimos y a través de las rígidas normas de la responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales.¹⁵³

Finalmente, se dice que el diseño constitucional de separación de poderes otorga a los tribunales de justicia la posibilidad de realizar juicios normativos sobre la base de normas muy generales y abiertas en contenido, como son las nociones de culpa, daño y causalidad. Así, el correcto funcionamiento del sistema requeriría de los tribunales un importante esfuerzo de contención en el ejercicio de sus facultades, que de otro modo podrían invadir virtualmente todos los demás ámbitos de la actividad estatal.¹⁵⁴

De esta manera, mientras los poderes ejecutivo y legislativo tendrían la opción de tomar decisiones más discrecionales, y basadas en los consensos políticos contingentes, el derecho emanado de los tribunales debe siempre ser racional, tomar en cuenta las distinciones relevantes, y tener su base en principios claros.¹⁵⁵

Dutch Climate Change Litigation, 30 de Noviembre de 2015. 2015. Philadelphia, Universidad de Pennsylvania, Kleinman Center for Energy Policy. Disponible en <<https://kleinmanenergy.upenn.edu/policy-spotlight/urgent-action-global-perspectives-dutch-climate-change-litigation>>.

¹⁵² Bergkamp, 2015, pp. 88-89.

¹⁵³ Bergkamp, 2015, pp. 83-84; y Miller, 2010, p. 288.

¹⁵⁴ Bergkamp, 2015, *passim*.

¹⁵⁵ La distinción entre los requisitos de las normas emanadas de los tribunales y aquellas originadas en los poderes ejecutivo o legislativo se aprecia en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, redactada por el juez Antonin Scalia, en el caso *Vieth v. Jubelirer*, 541 US 267 (2004), disponible en <<https://www.oyez.org/cases/2003/02-1580>>. Una referencia a este fallo en el contexto de las objeciones a la litigación climática centradas en la separación de poderes en Miller, 2010, pp. 265-266.

2. Segundo conflicto: crítica ‘epistemológica’. La falta de capacidad de los tribunales para conocer de asuntos científicamente complejos, y el estándar de prueba

Una segunda crítica al fenómeno de la litigación climática, que es común a todos los casos de litigación basada en temas epistemológicamente complejos, se refiere a la forma de tratar el conocimiento técnico y científico en el contexto de la jurisdicción.

Aunque existen muchos matices, en esta sección se hará referencia a dos problemas que parecen ser más relevantes: la falta de conocimientos y la deferencia técnica, por un lado, y el problema del estándar de prueba, por el otro.

a) La (in)competencia de los tribunales para lidiar con asuntos científicamente complejos

En su primer nivel, la crítica pasa por señalar que los tribunales no tendrían ni las herramientas ni los conocimientos técnicos necesarios para poder responder adecuadamente a algunos fenómenos de hecho especialmente complejos, y por lo tanto debiesen dejar estas materias en manos de organismos que sí cuentan con estas herramientas, como es el caso del poder legislativo y de la Administración, limitando su participación a un control más bien limitado a la legalidad formal.¹⁵⁶

Este problema no es tan nuevo en el derecho. Más bien, se ha ido presentando en la medida que la sociedad se vuelve progresivamente más compleja, y presumiblemente seguirá ocupándonos en el futuro. Para enfrentar el problema, se han admitido nuevos medios de prueba, y han ideado nuevos mecanismos para permitir a los tribunales decidir sobre materias en que los jueces no necesariamente tienen la experiencia o el conocimiento necesarios para tomar una decisión.

Una serie de mecanismos se han propuesto: informes de peritos, sistemas de amplitud probatoria, reglas de examinación y contra examinación de testigos expertos, presentación de informes especiales, etc. Sin embargo, en el caso particular del cambio climático, los desafíos científicos serían de tal envergadura, que los ‘sencillos’ mecanismos diseñados para enmendar las carencias técnicas de los jueces no serían suficientes para solucionar el problema. En cambio,

¹⁵⁶ Un interesante trabajo en torno al diseño institucional de sistemas de control judicial de las agencias administrativas, con menciones a la regulación ambiental chilena, en Tapia, J, y Cordero, L. (2015). La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: una Mirada Institucional. Estudios Públicos 139: pp. 7-65.

confiar en este tipo de herramientas supondría –se dice– que los jueces acaben delegando su función en expertos parcializados, y faltos de legitimidad.¹⁵⁷

Por eso, en circunstancias que la ciencia del cambio climático sigue siendo demasiado compleja como para producir modelos claros en la comunidad científica, su uso sería derechamente impensable en el caso de la ‘comunidad jurídica’.¹⁵⁸ Además, mientras algunas ciencias, como la medicina o la ingeniería, han refinado una técnica suficientemente desarrollada para ser presentada en el contexto de un procedimiento jurisdiccional, la ciencia del calentamiento global no ha alcanzado los niveles de experiencia y desarrollo metodológico que le permitirían lograr una mayor autoridad epistémica en el contexto de un litigio.¹⁵⁹

b) La convicción. En la ciencia y en el derecho

En un segundo nivel, la litigación climática es criticada específicamente en relación al valor procesal que concede al cada vez mayor consenso científico en torno a la existencia del calentamiento global, nuestra participación en él y las catastróficas consecuencias que, con toda posibilidad, le seguirán.

Así, se dice, los ‘litigantes del cambio climático’ pedirían de las cortes que aceptasen sin más la existencia del fenómeno, pretendiendo zanjar la disputa procesal con la presentación de informes emanados de algunos organismos internacionales como el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC).

Sin embargo –sigue la crítica– hacer esto implicaría pasar por el lado del estándar de convicción necesario en uno de los puntos de prueba más importantes de un juicio semejante. Que algo

¹⁵⁷ Bergkamp, 2015, pp. 86-87, en que primero presenta los principales mecanismos disponibles para que las cortes superen sus déficits en conocimiento técnico, y luego los critica como insuficientes para abordar el fenómeno del calentamiento global.

¹⁵⁸ Debe notarse, sin embargo, que esta complejidad en caso alguno obsta a la existencia de acuerdos científicos asentados, no cuestionados, unánimes e incontestables en torno a la realidad del fenómeno y la incidencia humana en él. Para una explicación de la complejidad que tiene el desarrollo de modelos de predicción climática, y de cómo a pesar de estas dificultades se ha demostrado la tendencia hacia el calentamiento global de los años recientes, Emanuel, 2012, pp. 23-49.

¹⁵⁹ Kysar, 2011, p. 42. Una posible respuesta a ambas partes de la crítica puede ser que, aunque en materias ambientales muchas veces no existe la información necesaria para tomar una decisión técnica, la litigación es una forma especialmente fértil para producir dicha información. Así, los informes y peritajes encargados por los abogados podrían tener un rol clave en la posterior toma de decisiones regulatorias. Sobre este último punto, Ruhl, 2008, pp. 777 y siguientes; y Banfi, 2015, p. 47 (véase también la sección B.1 de las conclusiones). Sobre el avance de la ciencia climática y su posible influencia en futuros casos de litigación climática, Ganguly, Setzer, y Heyvaert, 2018, pp. 851 y siguientes.

sea científicamente aceptado no implica que adquiriera, por ese solo hecho, la misma aceptación en el contexto del proceso. Por el contrario, ciencia y derecho son actividades que cuentan cada una con su propio estándar para dar por ciertos determinados hechos. La mayor claridad ganada en torno al calentamiento global no puede ser usada para validar, automáticamente, el punto en el ámbito jurisdiccional.

En esta parte la crítica es de fondo. El estándar de convicción de un sistema jurisdiccional es una opción fundamental del mismo. Lejos de venir dado por la naturaleza, el rigor de un estándar de prueba refleja una decisión colectiva de gran importancia en torno a los valores que estructuran un procedimiento y a la administración de los errores que puedan existir en una decisión judicial.¹⁶⁰

Pasar de lado ese sistema, pretendiendo establecer la convicción del juez a partir de un tercero, como es el caso del IPCC, implicaría –se dice– renunciar a una de las decisiones más trascendentales de todo sistema jurisdiccional, que en el caso de la responsabilidad extracontractual, además, está pensada precisamente para conciliar de la mejor manera posible la libertad de acción con la protección de la indemnidad personal.¹⁶¹

3. Tercer conflicto: falta de flexibilidad en la determinación del remedio

Otra crítica, que en términos más generales se puede formular a todo el sistema de acciones para proteger el medio ambiente, es la falta de flexibilidad que algunas de estas acciones dejan al juez para disponer medidas que pongan fin o reparen el daño.

Así, por ejemplo, ha ocurrido en Chile que conflictos ambientales de muy compleja solución han sido resueltos por medio de acciones que ofrecen al juez solo una vía de acción en caso que decida acoger la pretensión del demandante. Ejemplo de esto es la denuncia de obra nueva, que solo permite disponer la demolición de la obra denunciada, y que llevó en el famoso caso ‘Caimanes’ a que los tribunales ordenasen demoler uno de los tranques de relave más grandes

¹⁶⁰ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 64 y siguientes.

¹⁶¹ Un desarrollo muy crítico de esta idea, en Bergkamp, 2015, pp. 87 y siguientes. Un trabajo sobre el estándar probatorio chileno en derecho privado, usando precisamente el ejemplo de la responsabilidad civil, en Larroucau, J. (2012). *Hacia un Estándar de Prueba Civil*. *Revista Chilena de Derecho* 39 (3): pp. 783 – 808.

del país, disposición respecto de la que no existe experiencia comparada, y que presenta una muy discutible factibilidad técnica.¹⁶²

Así, un problema de la complejidad del calentamiento global no podría ser enfrentado por medio de un sistema de acciones en buena medida pensado para resolver asuntos de menor envergadura en el contexto de las relaciones de vecindad.¹⁶³

4. Cuarto conflicto: cosa juzgada y políticas públicas

El último problema que se presentará surge de una de las instituciones más básicas del derecho procesal. Para que el proceso pueda servir como mecanismo último de solución de conflictos, es necesario que lo que en él se decide adquiera un carácter inmutable e inimpugnable. En algún momento las partes que acudieron al juez deben adquirir la certeza de que el problema que existió entre ellas ha sido resuelto de forma definitiva por el Estado y que, por ende, no puede seguirse discutiendo. Esta es la figura de la cosa juzgada.

No obstante, los casos de litigación climática se alejan considerablemente del problema originario que subyace a esta figura. En ellos necesariamente habrá una decisión jurisdiccional respecto de bienes públicos, lo que a su vez extiende los efectos de la decisión más allá del problema particular que existe entre las partes. Entre sus argumentos más osados, los promotores de este tipo de casos buscan que las cortes sean una pieza más en la gobernanza pública del problema y, más aun, que sean las encargadas de compensar lo que se percibe como inacción de gobiernos y congresos a lo largo del mundo.¹⁶⁴

¹⁶² Corte Suprema, 21 de octubre de 2014, rol N° 12.938-2013, en que se ordenó la demolición del tranque o la realización de las modificaciones necesarias para permitir el libre escurrimiento de las aguas. En cumplimiento de esta orden, al encontrar insuficiente el plan propuesto, el tribunal de primera instancia ordenó la demolición del tranque mediante fallo de 6 de marzo de 2015. El fallo en definitiva no llegó a ser ejecutado, sino que fue revocado por la Corte de Apelaciones de La Serena (rol N° 551-2015), y finalmente reemplazado por un plan de mitigación de efectos contaminantes producido en el contexto de un acuerdo entre las partes implicadas. Con todo, el caso da cuenta de lo inadecuado que resulta resolver problemas ambientales complejos por medio de vías jurisdiccionales que no ofrecen soluciones acordes a tal complejidad. Sobre las dificultades relacionadas al cumplimiento del fallo que ordenaba la demolición del tranque, véase Alday, G. Jorge Núñez, investigador ULS-cazalac: “Demoler el tranque de relaves es casi imposible”. [en línea]. Diario el Día. 11 de marzo de 2015. <<http://www.diarioeldia.cl/region/jorge-nunez-investigador-uls-cazalac-demoler-tranque-relaves-es-casi-imposible>>.

¹⁶³ Una breve mención del problema de la falta de flexibilidad en los remedios judiciales, en Ruhl, 2008, p. 779. Una sistematización muy completa de las distintas acciones e interdictos del derecho tradicional civil que pueden ser aplicadas a la protección de la naturaleza, en Amunátegui, 2014, *passim*, pero especialmente en pp. 1-61 y pp. 113-188.

¹⁶⁴ Kysar, 2018, p. 51.

El problema de esto es que, a diferencia de los parlamentos o la administración, los tribunales no cuentan con mecanismos que les permitan adaptar la racionalidad de sus decisiones para dar cuenta de los últimos avances de la ciencia. Por el contrario, en la figura de la cosa juzgada, estos quedan vinculados a la que haya sido su decisión del asunto, aunque la ciencia y circunstancias que les sirvieron de fundamento hayan cambiado radicalmente.¹⁶⁵

Esto ya es grave respecto de cualquier tipo de decisión de política pública que se pueda pedir a un tribunal. Sin embargo, en el calentamiento global, en que la ciencia cambia a un ritmo aún más rápido que en la generalidad de los casos, esta característica de la cosa juzgada presenta el riesgo gravísimo de generar políticas estrechas, mal fundamentadas, contra productivas y, lo que es peor, inmutables.¹⁶⁶

D. IDEAS FINALES: EL CASO PARA LA REGULACIÓN

En su sentido más amplio, el concepto de daño se relaciona con todas las afecciones o efectos que el derecho está dispuesto a neutralizar. Sea en el tratamiento del narcotráfico, del calentamiento global, o de un choque, el derecho busca evitar la producción de ciertos efectos negativos sobre los individuos involucrados, o sobre la sociedad en general.

En este nivel de abstracción, el concepto técnico de daño en la responsabilidad extracontractual representa solo una especie dentro del conjunto más amplio de afecciones que el derecho busca evitar o compensar. Así contextualizada, la pregunta por el tratamiento jurídico del calentamiento global no se refiere a si este constituye o no una afección negativa que el derecho debiese ayudar a evitar, sino que se refiere a cuál de los varios mecanismos con que el derecho cuenta es el más apto para lograr esta meta.

Si en este punto se intentan resumir las ideas revisadas desde el capítulo I, encontramos que por todos los problemas revisados, y por sus caracteres de origen, la responsabilidad civil aparece como un instrumento bastante torpe al momento de lidiar con el calentamiento global: es un sistema caro; no existe claridad en torno a cuáles son los daños concretos ni si existe un deber de evitarlos; no es claro quiénes podrían ocupar los roles de demandante y demandado;

¹⁶⁵ Bergkamp, 2015, p. 86.

¹⁶⁶ Bergkamp, 2015, pp. 86 y siguientes.

y los tribunales civiles parecen constitutivamente mal equipados para hacer frente a un problema tan amplio y complejo como este.

Así, al terminar este capítulo, vale decir que la regulación pública aparece mucho mejor equipada que la responsabilidad civil para constituirse en la vía jurídica que se use para enfrentar el calentamiento global. De hecho, ya respecto de la protección del medio ambiente en general, es comúnmente aceptado que la regulación pública debe ser la principal vía de acción jurídica, y que si algún rol cabe a la responsabilidad civil, este es residual en relación con la regulación. Ella dispone de herramientas técnicas; incluye procedimientos públicos y democráticos en la toma de decisiones; contempla sistemas de responsabilidad política; y permite enfrentar de modo anticipativo la existencia de riesgos que aún no se concretan.¹⁶⁷

Si esto es cierto respecto de los conflictos ambientales en general, en el calentamiento global el punto debiese ser todavía mucho más claro. Éste representa el paradigma del problema difuso en sus causas y efectos, y pone en entredicho cuestiones muy fundamentales respecto a la forma en que se ha conducido la sociedad humana hasta nuestros días, las que difícilmente puedan ser resueltas pasando por el lado del proceso político que, aunque retrasado, se ha desarrollado para resolver el punto. En verdad el diseño de políticas públicas que permitan reducir las emisiones directamente, sumado al fomento de tecnologías menos contaminantes parece ser una vía mucho mejor que la litigación, y en particular que la litigación civil, para hacer frente al riesgo de un planeta que se calienta.¹⁶⁸

Aceptando lo anterior, el capítulo siguiente se adentrará en la revisión específica de las formas en que la regulación pública puede tener lugar para enfrentar el fenómeno del calentamiento global. Poniendo el énfasis en la acción de reparación ambiental regulada en la Ley de Bases del Medio Ambiente, se intentará mostrar cómo pueden combinarse herramientas de derecho

¹⁶⁷ Un análisis del insoslayable rol que cabe a la regulación en la gestión de bienes públicos en general, en Barros, E. (2001). *Lo Público y lo Privado en el Derecho*. Estudios Públicos 81: pp. 9 y siguientes. Un análisis especialmente referido a los roles que caben a la regulación y a la responsabilidad en el contexto de la protección del medio ambiente en Banfi, 2015, pp. 45 y siguientes; y Barros, 2006, pp. 787-791. En el derecho comparado, un análisis de las razones por las que la responsabilidad civil no puede reemplazar a la regulación en temas ambientales, poniendo énfasis en razones de procedimiento, remedios disponibles y calidad sustantiva, en Schroeder, 2002, *passim*, pero especialmente entre pp. 583-598. Un enfoque crítico del supuesto rol especial de los daños ambientales en el contexto de la responsabilidad civil en Cane, P. (2001). *Are Environmental Harms Special?* *Journal of Environmental Law* 13(1): pp. 3-20.

¹⁶⁸ Sobre el calentamiento global como el paradigma del problema ambiental que no cabe en las categorías tradicionales de la responsabilidad civil, Kysar, 2011, pp. 8-44. Un recuento crítico de la litigación como forma de enfrentar el problema en Miller, 2010.

público y privado para atender a los conflictos ambientales, y cómo esto puede ser útil en la configuración de un rol relevante de la litigación en materia de cambio climático.

A. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN MIXTA.

1. Cambio climático, responsabilidad extracontractual y derecho público

Si las cosas son como se viene diciendo, parece ser que la responsabilidad civil no tiene rol alguno que jugar en el tratamiento del calentamiento global. Sea grande o pequeño, el papel del derecho en la evitación de un aumento indefinido de la temperatura del planeta tendrá lugar en sede de derecho público, y no en el mundo restringido de los ciudadanos del derecho civil.

Lo anterior puede ser cierto, pero que sea así no debiese llevarnos a concluir que el problema de la relación entre calentamiento global y responsabilidad extracontractual está resuelto de una vez por todas. Una cosa es concluir que la regulación pública, y no la responsabilidad extracontractual, es el mecanismo adecuado para hacer frente al calentamiento global. Otra muy diferente es determinar de qué forma la regulación puede llevar a cabo este objetivo, y si acaso en él existe o no un espacio para instituciones que, originadas en el contexto del derecho civil, puedan ser útiles en la consecución de objetivos de derecho público.

Esta clase de mestizaje normativo parece ser precisamente lo que ocurrió en la configuración del régimen de responsabilidad por daño ambiental introducido en Chile por la LBGMA.

En ella, de modo muy similar a la forma en que el Código Civil hace lo propio, se da inicio al régimen con una cláusula general de responsabilidad por los daños ambientales causados culpable o dolosamente (artículo 51 I). Aunque es evidente que se trata de una ley de derecho público –de hecho el Ministerio del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental tienen regulado su funcionamiento orgánico en ella–, en los pocos artículos que componen el régimen de responsabilidad ambiental es imposible no volver la vista al Código Civil. La reaparición de la culpa y el dolo, del daño, la causalidad y la reparación, al menos nominalmente, hacen casi inevitable pensar en el viejo régimen de responsabilidad

extracontractual; el que, por lo demás, es expresamente invocado para llenar los vacíos del nuevo régimen (artículo 51 III).¹⁶⁹

La pregunta que se plantea es si estas normas, a pesar de estar inmersas en una ley tan pública, pueden considerarse solo como un régimen especial de responsabilidad civil o si, en cambio, son algo distinto.¹⁷⁰ La respuesta que se propone es que son algo muy diferente. Las razones detrás de esta afirmación se verán a lo largo del capítulo, pero a modo introductorio se pueden adelantar dos elementos.

2. La acción ambiental del derecho chileno como régimen mixto.

a) La diversidad de las acciones contempladas en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

En primer lugar, la naturaleza especial del régimen de responsabilidad ambiental se ve en el contraste que la propia LBGMA hace entre la responsabilidad civil clásica y la responsabilidad ambiental. En efecto, la ley regula dos acciones muy diferenciadas. Por un lado está la acción civil derivada del daño a un bien individual, como puede ser la salud, la propiedad o la explotación de un negocio turístico. Sobre este tipo de bienes la justificación kantiana de derecho ensayada por Weinrib como base de la justicia correctiva no tiene problema (*supra* capítulo I, B.3.a), y en consecuencia, salvo ciertas particularidades, respecto de ellos no existe ninguna razón para otorgar un tratamiento especial de ninguna clase.¹⁷¹

¹⁶⁹ Sobre la naturaleza de esta remisión, se ha dicho que ella debe tener lugar luego de haberse aplicado los principios específicos del derecho ambiental, y solo cuando las reglas del Código Civil permitan en mejor medida obtener los fines propios de la legislación ambiental, a saber, la adecuada protección del medio ambiente (Femenías, 2017 b, pp. 191 y siguientes). Una crítica a la amplitud de esta remisión en relación a la diferencia entre ambos estatutos en Bermúdez, J. (2014). Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 432.

¹⁷⁰ Desde luego, el solo hecho de encontrarse contenidas en una misma ley no implica que dos disposiciones diferentes compartan una misma naturaleza. Por el contrario, es común que los estatutos públicos contengan reglas de derecho privado. Así, por ejemplo, la propia Constitución establece un régimen de responsabilidad extracontractual especial para casos de error judicial (artículo 19 N°7 letra i).

¹⁷¹ Barros, 2006, pp. 790 y 798, específicamente respecto de la acción indemnizatoria. La misma idea en Femenías, 2017 b, pp. 86 y siguientes, y 202 y siguientes; Bermúdez, 2014, pp. 400 y siguientes. Un trabajo especialmente dedicado a argumentar que a efectos de la responsabilidad civil el daño a la naturaleza no supone desafíos especiales, en Cane, 2001. Respecto a los mínimos tratamientos especiales de los daños civiles derivados de afectaciones al medio ambiente, ellos fundamentalmente consisten en el procedimiento aplicable, la prueba de la culpa, de la causalidad, y el cómputo de los plazos de prescripción. Sobre estos, Barros, 2006, pp. 798-809. Un texto actualizado respecto a la aplicación de la nueva institucionalidad ambiental, en Femenías 2017 b, pp. 257 y siguientes.

Del otro lado, existe una acción propiamente ambiental que tiene por objeto conseguir la reparación y conservación del medio ambiente. En ella, alejándose de la idea de daño civil, se busca enfrentar “un conjunto de fenómenos cuyo denominador común consiste en que nadie resulta afectado en su persona ni en sus bienes o intereses individuales”.¹⁷²

Así, en el propio diseño de la ley es posible reconocer cómo pese a utilizarse algunas de las categorías propias de la responsabilidad extracontractual, estas no son aplicadas a la obtención del fin clásico, que se revisó en el capítulo I, sino a un fin puramente público: la preservación del ambiente.¹⁷³

b) La relación entre el régimen de responsabilidad ambiental y el cumplimiento de la regulación. La excusa del artículo 55, los planes de reparación y la función pública

En segundo lugar, la relación que existe entre la acción ambiental y la regulación se ve en la renuncia que el ordenamiento está dispuesto a hacer respecto a los daños causados por agentes que están sujetos a cierto tipo de normas de regulación ambiental o que han ejecutado un plan de reparación del daño supervisado por las autoridades administrativas. En estos casos, si se ha dado cumplimiento íntegro a las obligaciones regulatorias, la acción ambiental decae, y “solo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior” (artículo 55).

A simple vista, la regla se refiere a un típico caso de definición de deberes de cuidado por parte del legislador. Tradicionalmente tratadas a propósito de la culpa infraccional, respecto de estas situaciones se dice que:

¹⁷² Rudá, 2005, p. 66. Sobre este objeto de la acción de reparación ambiental, específicamente defendiendo la idea de constituir ésta un tipo mixto entre derecho público y privado, Femenías, 2017 b, *passim*, pero especialmente en pp. 202 y siguientes. Un comentario jurisprudencial del mismo autor, en que constata este objeto particular de la acción ambiental en un fallo de la Corte Suprema, en Femenías, J. (2017 a). Los Daños Ambientales Como Única Categoría Jurídica Cuya Reparación Regula la Ley n° 19.300. Comentario a la Sentencia Pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, con Fecha 28 de Junio de 2016 en el Recurso de Casación en el Fondo Causa rol n° 37.179-2015. Revista Chilena de Derecho 44 (1): p. 295. Un análisis civil de la acción propiamente ambiental, en Barros, 2006, pp. 809 y siguientes. Para un panorama de las legislaciones comparadas en la reparación del “daño ecológico puro” sumado a un análisis de fondo sobre este concepto, Rudá, 2005, pp. 65 y siguientes.

¹⁷³ En el derecho comparado, antes de la promulgación de la LBGMA, en Italia ya existía un régimen diferenciado para la responsabilidad por daños ambientales (ley N° 49/1986, artículo 18.8). Con posterioridad a la ley, véanse, por ejemplo, la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (consideración N° 14 del preámbulo y artículo 3.3), y la ley de responsabilidad ambiental española 26/2007 (artículo 5°).

La circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado respecto de cierta actividad no significa que esa regulación sea exhaustiva. Por lo general la diligencia no se agota cumpliendo rigurosamente los preceptos legales, de modo que el juez está facultado para determinar deberes de cuidado no previstos por el legislador.¹⁷⁴

Esto es, de hecho, lo que ocurre respecto de la responsabilidad civil clásica. La acción sigue subsistente, y el análisis de la culpa pasará por determinar si el régimen regulatorio agota o no los deberes de cuidado exigibles.¹⁷⁵ Sin embargo, nada de ello ocurre respecto de la *acción ambiental*. Respecto de ella la ley es muy clara: si existe una regulación de emergencia, la recuperación de los daños estrictamente ambientales no es demandable por vía judicial, y si alguna responsabilidad cabe, será la responsabilidad política que corresponda por una gestión regulatoria deficiente de los casos de emergencia, y no la responsabilidad ambiental de los agentes que cumplieron con esta regulación. Algo similar ocurre con los planes de reparación.

Aunque el punto puede parecer un detalle, en él se ve cuál es el rol específico que nuestro ordenamiento concede a la *acción ambiental*: esta es complementaria a la regulación, casi como en una relación de género-especie. Si una materia no ha sido regulada, la acción permite atender al fin público de conservar la naturaleza. Si, en cambio, esta sí ha sido regulada por uno de los instrumentos señalados, la acción es solo un mecanismo para hacer responsable a los agentes infractores que, a diferencia de la fiscalización administrativa, puede ser ejercida por el espectro más amplio de sujetos contemplados en el artículo 54 de la LBGMA.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Barros, 2006, pp. 101-102.

¹⁷⁵ Sobre cómo el tipo de regulación del que se trate influye en si el juez puede o no agregar nuevos deberes de cuidado, Barros, 2006, pp. 102-103.

¹⁷⁶ Un análisis de la excusa del artículo 55, en Femenías 2017 b, pp. 242 y siguientes. Es interesante considerar qué relación existe entre el ejercicio de la acción y las materias que han sido evaluadas a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Sobre este punto, un análisis muy completo en la misma obra, pp. 399 y siguientes. Véase también, Barros, A. (2018). La Resolución de Calificación Ambiental como Fuente y Límite de la Culpa en la Responsabilidad por Daño Ambiental. En Schopf, A. y Marín, J.C. (Eds.). Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie. Santiago: Thomson Reuters, *passim*. Este espectro más amplio incluye, según la regla del artículo 54, a “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado”. Vale destacar que, de igual modo, la acción se extingue si en el contexto de un procedimiento sancionatorio administrativo, el infractor ejecuta satisfactoriamente un plan de reparación del daño ambiental previamente aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente, que es el organismo administrativo exclusivamente encargado del procedimiento sancionatorio ambiental. Sobre la titularidad para ejercer la acción ambiental, Bermúdez, 2014, pp. 414 y siguientes. Sobre la preclusión de la acción por la presentación de un plan de reparación, misma obra, pp. 426 y siguientes.

De este modo, combinando ambos elementos, puede asumirse razonablemente que, en el régimen chileno de responsabilidad por daños al medio ambiente, la acción ambiental constituye una especie de tercer género, que persigue la obtención de un fin público por medio de figuras de derecho privado; y que, aunque se asemeja al sistema de responsabilidad extracontractual, es en realidad una forma de regulación mixta, que incorpora mecanismos de derecho privado en el contexto del derecho público.¹⁷⁷

Un análisis detallado de la acción ambiental excede los fines de este trabajo. Sin embargo, en lo que sigue de este capítulo se intentará mostrar que todo lo dicho respecto a lo inadecuado que resulta el régimen de responsabilidad extracontractual para enfrentar el calentamiento global no es necesariamente cierto respecto del régimen de responsabilidad ambiental. Para llevar a cabo este objetivo, lo que resta se divide en dos partes: un análisis de cómo actúan los conflictos de derecho civil identificados en el capítulo anterior cuando son llevados al contexto de la *acción ambiental*; y un análisis de cómo actúan las dificultades procesales revisadas cuando son analizadas teniendo a la vista las herramientas institucionales y procesales que supone la naturaleza especial de la acción ambiental. El capítulo concluye señalando que, respecto de algunos de los casos que se han presentado en el derecho comparado, la acción ambiental es una vía adecuada para encausar y adjudicar litigios basados en el calentamiento global.

B. CONFLICTOS DE DERECHO CIVIL DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA ANALIZADOS EN EL CONTEXTO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN AMBIENTAL.

En esta sección se intentará mostrar cómo, una vez que son analizados en el contexto de la acción ambiental, algunos de los principales problemas de derecho civil revisados en el capítulo anterior no se presentan de forma tan acuciante como ocurre cuando son analizados en el contexto de la litigación civil ordinaria.

1. Inexistencia de una afección a intereses particulares y el daño ecológico puro como objeto del sistema de responsabilidad por daño ambiental

Entre los problemas de derecho civil asociados al calentamiento global que se revisaron en el capítulo II, uno especialmente importante es la ausencia de la afección individual que legitima a una persona para pedir la protección que el sistema de responsabilidad otorga, típicamente,

¹⁷⁷ Femenías, 2017 b, *passim*; con todo, el punto es introducido y desarrollado en pp. 77 y siguientes.

a través de la acción indemnizatoria (sección B.3). Como se vio, esto supone un problema que actúa desde los propios fundamentos de un sistema basado en la justicia correctiva.

En efecto, para este tipo de sistemas es esencial que exista un daño a un interés de titularidad individual, que cumplirá el rol de ser a la vez fuente y medida de la responsabilidad. Sin embargo, como dice Rudá, “en los casos de alteraciones climáticas severas, la desaparición de especies, la contaminación de la atmósfera global u otras alteraciones similares causadas por la mano del hombre, la repercusión de dicho deterioro es más colectiva que individual.”¹⁷⁸ En otras palabras, si se trata de proteger un bien tan ubicuo como el clima, es difícil determinar por qué alguien podría, de entre todas las personas, acudir a un tribunal a pedir alguna clase de remedio. A ello se suma que, si Weinrib tiene razón, y el fundamento de la titularidad individual de derechos civiles es hacer compatible la libertad de unos y otros, la inexistencia de derechos individuales sobre lo colectivo no es algo circunstancial, sino más bien necesario.

Por eso, asociados a la posibilidad de enfrentar el calentamiento global por medio del sistema de responsabilidad civil extracontractual, encontramos, entre otros, problemas como la falta de interés, la desconfianza del sistema a la persecución privada de intereses públicos, el riesgo de enriquecimiento sin causa, etc.

En este apartado lo que interesa es analizar cómo se presenta este problema si su análisis es trasladado al contexto de la acción de reparación ambiental contemplada en la LBGMA.

a) Renuncia a la estructura correctiva propia del derecho civil

El punto de partida es la diferenciación que hace la ley entre esta acción, y la acción ordinaria de perjuicios que se sigue del daño ambiental (artículos 3° y 53). El hecho de que la reparación de los daños civiles sea perseguida por una vía diferente muestra la independencia que existe entre estos y la acción de reparación. En verdad, aunque se basa en los mismos elementos, la responsabilidad ambiental tiene un fin bien diferente: la protección y reparación de la naturaleza como un bien jurídico autónomo a la indemnidad de las personas que habitan en ella.

¹⁷⁸ Rudá, 2005, p.3.

Desde luego, esto no implica transformar a la naturaleza en titular de derechos.¹⁷⁹ Lo que sí implica es que, cuando el sistema establece una acción que tiene como fin la protección de la naturaleza *per se*, está renunciando conscientemente a la estructura correctiva que, según hemos visto, se funda en la relación interindividual de dos personas, y que supone que el daño sufrido por una de estas no solo sea un requisito para poner en marcha al sistema, sino que además sea el límite de lo que el sistema pueda otorgar como remedio.

Nada de eso ocurre en la acción de reparación. Para bien o para mal, todas las características que justifican que el sistema civil de protección de derechos limite las acciones de los demandantes a pedir la reparación del daño que hayan sufrido individualmente son aquí radicalmente abandonadas. La acción de reparación ambiental abre la puerta para que las personas demanden la reparación de un daño que, por definición de la propia ley, excede de los daños individuales que caracterizan y fundamentan el sistema común de responsabilidad civil: se les permite demandar en cautela de un bien público¹⁸⁰

Por supuesto, la titularidad de la acción corresponde también a ciertos organismos institucionales, que tradicionalmente han sido los encargados de la defensa y cautela de este tipo de intereses.¹⁸¹ Sin embargo, lo relevante aquí es que al instaurarse el sistema de responsabilidad ambiental, el legislador optó decididamente por entregar la cautela de uno de estos bienes públicos directamente a los particulares y, con ello, configuró un sistema que actúa con la misma estructura descentralizada de control que existe en el estatuto común de

¹⁷⁹ En efecto, el interés en proteger la naturaleza es, como todos los intereses de la legislación, un interés humano. Sobre lo equívoco de predicar la existencia de un derecho que tenga como titular a la naturaleza, Barros, 2006, p. 811. Esta conclusión es independiente de cuál sea el fundamento filosófico que anime la legislación ambiental. Aunque esta tenga únicamente por fin la preservación del medio ambiente, sin ninguna consideración de utilidad para el ser humano, la categoría de derecho y titular de derecho no tiene sentido sino respecto de personas; y no se ve razón alguna para entender que la extensión de estas categorías implique, de ninguna manera, un compromiso más fuerte con la protección del planeta. Sobre las definiciones filosóficas que subyacen a la protección ambiental, Lin, 2006, pp. 977 y siguientes.

¹⁸⁰ En relación a la posibilidad de que las personas demanden la reparación del daño ambiental debe destacarse que en el régimen de responsabilidad ambiental no existe una 'acción popular', que pueda ser intentada por cualquier persona del pueblo (Barros, 2006, pp. 810-811). Sin embargo, las reglas de titularidad sí abren la posibilidad de demandar a un rango relativamente abierto de personas privadas que, no siendo representantes del público como lo son las autoridades, pueden pedir la reparación en la medida que hayan "sufrido el daño" (LBGMA, artículo 54). Sobre estas reglas de titularidad, véanse Femenias, 2017 b, p. 48; y, con una interpretación amplia del espectro de posibles demandantes definido por la ley, Bermúdez, 2014, pp. 414 y siguientes.

¹⁸¹ Vale la pena recordar que así, por ejemplo, ocurre con los intereses públicos asociados a las causas de nulidad absoluta de los actos jurídicos, cuya cautela fue tempranamente sustraída a los particulares y entregada al juez o al ministerio público (Código Civil, artículo 1683; *supra* Capítulo II, B.3.c). Sobre cómo la cautela de intereses difusos recae principalmente en actores institucionales, a propósito de la protección del medio ambiente, Barros, 2006, pp. 810 y siguientes.

responsabilidad civil, pero renunció a una de las características más determinantes de este: que las personas operen este sistema basadas estrictamente en los intereses que les son propios.

En lo que sigue, se intentará mostrar algunas de las consecuencias principales que esta renuncia trae consigo, en particular en lo que pueda ser útil para el análisis de las formas que en nuestro derecho podría asumir una eventual acción judicial basada en el calentamiento global.

b) Parcial irrelevancia del daño sufrido por el demandante

Un primer aspecto relevante de destacar son las reglas de legitimación activa para el ejercicio de la acción de reparación ambiental. Éstas están contenidas en el artículo 54 de la LBGMA, y pueden ser divididas en dos. Por un lado, la legitimación de organismos institucionales (el Estado y las municipalidades), y, por el otro, la legitimación de los ciudadanos e individuos privados (“personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio”).

Respecto a los primeros, estas reglas suponen una actuación en cierta medida distinta a la que los poderes públicos acostumbran tener en materia ambiental. Generalmente, estos actúan creando, administrando y fiscalizando regulaciones que tienden directa o indirectamente a la conservación del medio.¹⁸² Sin embargo, aquí se les otorga expresamente la facultad de iniciar un procedimiento judicial, cuestión que en el caso de las municipalidades es complementada con una forma particular de participación ciudadana destinada a obtener una decisión fundada en torno al ejercicio de la acción (artículo 54 II). Es interesante preguntarse por la forma de conjugar los roles de regulador-fiscalizador, por un lado, y eventual demandante, por el otro.¹⁸³

¹⁸² Una referencia al panorama general de instrumentos jurídicos de gestión ambiental, incluyendo normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y descontaminación, permisos transables e impuestos, entre otros, en Bermúdez, 2014, pp. 189 y siguientes.

¹⁸³ Respecto de la Administración central, llama la atención la forma en que esta legitimación activa se relaciona con los deberes de fiscalización que el Estado realiza, principalmente, a través de la Superintendencia del Medio Ambiente. Sobre el particular, parece razonable entender que la “facultad” de intentar la acción es más bien de tipo discrecional en los casos en que el daño no está asociado a la infracción de una norma ambiental particular. Si, en cambio, este ocurre en el contexto de una infracción, el ejercicio de la acción se acerca más a una facultad reglada. Así, en estos casos más parece que la Superintendencia tiene el deber de iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio, y en caso que este termine sin haberse presentado un plan de reparación, o este sea incumplido, deberá enviar los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado para que este, sin mucho margen de discreción, ejerza la acción de reparación (Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, artículo 43 V; Reglamento de la Superintendencia del Medio Ambiente, artículos 10, 20 y 27 II). Sobre la existencia de un deber constitucional-ambiental en el ejercicio de la acción, Bermúdez, 2014, p. 416.

Con todo, el análisis más interesante para estos efectos es respecto de la legitimación que tienen las “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio” (artículo 54). Respecto de ellas pueden hacerse dos observaciones.

La primera es que parece algo inadecuado que la ley requiera que hayan sufrido el daño. En la medida que el objeto de la acción es obtener la reparación de un daño causado específicamente en la naturaleza, se plantea la pregunta en torno a qué significa que estas personas hayan sufrido ellas mismas el daño o perjuicio.¹⁸⁴ Una opción es entender que solo podrán demandar cuando el daño ambiental ha determinado que sufran, además, daños personales. Así, serán titulares de la acción ambiental si su afección es suficiente como para ser también titulares de la acción indemnizatoria común. En otras palabras, se trataría de un sistema principalmente basado en la acción de organismos públicos, pero que permite la participación de los particulares cuando estos han sido directamente afectados.

Una segunda alternativa, es entender que aquí se consagra un sistema de legitimación intermedio. No se crea una acción popular, ni se permite el ejercicio directo por organizaciones de protección ambiental,¹⁸⁵ pero tampoco se trasladan los mismos límites que existen respecto de la acción indemnizatoria común. Consecuente con el objeto de la acción, la ley exigiría una afección específicamente ambiental, recaída en el disfrute en algunos de los beneficios naturales derivados del ambiente que se haya dañado.¹⁸⁶

Este modo de entender la legitimación activa, a mi juicio más acorde con el objeto de la ley, implica que el sistema de responsabilidad ambiental chileno reserva dos roles a los ciudadanos individuales. Si se trata de actos que dañan la naturaleza en contravención de algún instrumento normativo expreso, los afectados pueden iniciar un juicio de responsabilidad

¹⁸⁴ Femenías, 2017 b, pp. 48 y 210.

¹⁸⁵ Un sistema que permite la presentación de demandas por organizaciones que tienen por fin la preservación ambiental, independiente de si lo hacen o no en representación de quien haya sido ‘personalmente afectado’, existe en Francia (Código Civil francés, artículo 1248, en vigencia desde la reforma de 2016). El único límite que pone la ley a la participación de este tipo de organizaciones es que estas existan 5 años antes del inicio del juicio.

¹⁸⁶ De ahí que el mensaje que acompañó al proyecto de ley que se transformó en la LBGMA, en lo pertinente, señalase respecto al principio de participación ciudadana, otro de los inspiradores del proyecto, que: “Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental”. Historia de la ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente. Mensaje presidencial, p. 10. En este sentido, integrando distintas reglas del derecho ambiental para llegar al concepto de “entorno adyacente”, Bermúdez, 2014, pp. 123 y siguientes, y 414 y siguientes. A la misma conclusión se puede llegar desde las ideas de Femenías, 2017 b, que propone integrar los elementos de la responsabilidad ambiental primero con los principios del derecho ambiental, y solo en segundo lugar con los principios y reglas del derecho civil.

ambiental, pero, además, cualquier ciudadano puede denunciar el hecho, y eventualmente determinar que se inicie un procedimiento sancionatorio a cargo del poder público (Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, artículo 47).¹⁸⁷ Si en cambio se trata de daños que no tienen origen en un acto que contravenga este tipo de instrumentos, solo pueden demandar aquellos que se vean afectados, pero esta afectación es específicamente ambiental, y les permite llevar todo el juicio por sí solos, llegando incluso a hacer caducar la opción de demandar del resto de los legitimados al ejercicio de la acción.

Naturalmente, esto lleva a considerar el segundo aspecto relevante de este sistema de legitimación. Si los particulares han sido contemplados como uno más de los sujetos que puede iniciar la acción, y si la acción persigue específicamente la protección de la naturaleza en tanto bien público, resulta que la medida específica en que estos hayan sido afectados por el daño ambiental no es en modo alguno relevante para establecer los límites de lo que están legitimados a pedir. La única relevancia de la afección que puedan haber sufrido los demandantes es constituir un límite que separe esta acción de una acción popular, y que permita separar aguas entre esta vía y la simple denuncia a la Superintendencia; pero en nada es relevante para determinar qué es lo que se puede pedir al tribunal. Así, de hecho, lo estableció la temprana jurisprudencia de los Tribunales Ambientales en la materia.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Si la denuncia determina que efectivamente se instruya un procedimiento sancionatorio, el denunciante tendrá el carácter de parte interesada durante toda su tramitación, permitiendo ampliar el concepto de interesado del artículo 21 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo. La Superintendencia conserva, con todo, un margen de discrecionalidad para determinar si iniciará o no un procedimiento administrativo. Sin embargo, el ejercicio de este poder debe ser fundado. De hecho, la Superintendencia está obligada a notificar al denunciante la decisión tomada y sus fundamentos y, en caso que la denuncia se haya hecho por intermedio de una municipalidad, ésta podrá pedir cuenta respecto del trámite dado a la denuncia (LBGMA, artículo 65 II). Es muy llamativo que el poder de la Superintendencia parece tener un espacio de discrecionalidad menor que el que tiene el Ministerio Público para ejercer el principio de oportunidad en materia penal que, aunque reglado, depende en buena medida de las regulaciones del propio Ministerio (Código Procesal Penal, artículo 170). Tristemente, en los hechos, es muy probable que muchas de las denuncias no lleguen a buen puerto por falta de recursos. Sobre la denuncia como forma de inicio de un procedimiento sancionatorio ambiental, comparando las facultades de la Superintendencia con las del Ministerio Público, Bermúdez, 2014, pp. 503-504. Sobre el concepto y relevancia de la calidad de interesado en el contexto de un procedimiento administrativo, Cordero, L. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters, pp. 384 y siguientes.

¹⁸⁸ Segundo Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2016, rol D 14-2014, considerandos 24 y 25. En este caso, el dueño de un predio afectado por el derrumbe de un relave minero abandonado demandó la reparación de la totalidad del daño causado. Sin embargo, su predio representaba solo una porción mínima del área afectada por el colapso. Ante la defensa de los demandados, el tribunal resolvió que era permisible que se demandase por el total, haciendo una distinción entre los principios civiles y los ambientales en el punto, y aplicando el principio de reparación integral del daño. Respecto del segundo argumento, parece más razonable argumentar que lo contrario es inconsistente con el interés público envuelto en la reparación de la naturaleza, especialmente si se considera que el ejercicio de la acción por un particular hace caducar la posibilidad de que los organismos públicos legitimados la intenten de todos modos. En un sentido similar, los Tribunales Ambientales han fallado que no es carga de los demandantes establecer

Ambas consideraciones son relevantes para una eventual demanda climática en el ordenamiento chileno. Aunque el cambio climático es el más colectivo de los conflictos ambientales que conozcamos hasta ahora, la falta de un daño reconducible a un individuo particular no le es específica. Por el contrario, la comparte con todo el género de los daños ambientales; y, respecto de estos, el propio legislador ha tomado una decisión muy explícita de limitación al requisito de afección personal.

Así, los desarrollos legales y jurisprudenciales de los que se ha hablado son totalmente aplicables a una eventual demanda por calentamiento global que se intente, entre nosotros, por la vía de una acción de reparación ambiental. Un demandante tal no tendría que demostrar cómo la ley lo ha legitimado para cautelar bienes públicos; no tendría que demandar exclusivamente en lo que él haya sufrido; ni tendría que demostrar con precisión cuál es su afección. Simplemente, tendría que mostrar una posición de particular vulnerabilidad ante el fenómeno, situación bastante extendida en nuestro país.

c) Desaparición del riesgo de enriquecimiento injusto y de expansión de la industria litigiosa

En el capítulo anterior se mencionó que otro de los problemas asociados a que una persona demande más allá del daño que sufrió personalmente, es la posibilidad de producir un enriquecimiento sin causa en esa persona, e incentivar el desarrollo de una industria litigiosa (*supra* Capítulo II, B.3.c).

Ninguno de estos riesgos existe en el caso de la acción ambiental. Hemos visto que en ella los particulares pueden demandar la reparación de un daño que por definición excede al que puedan haber sufrido. Sin embargo, la propia ley toma una serie de resguardos para impedir el ejercicio abusivo o desviado de la acción.

En primer lugar, se limita el ejercicio de acciones civiles derivadas del mismo daño. En la medida que la reparación del medio ambiente generalmente tiene el efecto de poner fin o disminuir el daño sufrido por las personas, cualquier indemnización de perjuicios derivada de

de forma específica cuál es el daño cuya reparación se demanda, cuestión del todo inadmisibles si se piensa en el objeto de pedir en un juicio civil indemnizatorio y los límites fijados por la *ultrapetita* como causal de nulidad procesal (mismo fallo, considerando 16; Segundo Tribunal Ambiental, 26 de enero de 2015, rol D 9-2014, considerando 37).

un daño ambiental reparado debe tener en cuenta lo que se haya dispuesto en sede de reparación, e impedir todo tipo de enriquecimiento en el demandante.¹⁸⁹

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad ambiental dispone de una serie de incentivos y cortapisas que impiden que un juicio de responsabilidad derive en la obtención de beneficios patrimoniales para las partes. Así, el artículo 44 de la Ley de Tribunales Ambientales expresamente establece que la acción ambiental “no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”.

En verdad, en circunstancias que el juicio tiene por objeto únicamente el cuidado de la naturaleza, es difícil imaginar que una demanda que exceda los daños individualmente sufridos pueda determinar obtención de beneficios patrimoniales indebidos.

En suma, hasta aquí se ha revisado cómo la acción ambiental del derecho chileno es una vía mixta, que mezcla elementos de derecho privado y público. En particular, se vio que el rol central del individuo es importado desde el derecho civil, pero solo para efectos de mantener el sistema de control descentralizado que lo caracteriza, y para distinguir la acción ambiental de una acción popular. Sin embargo, este rol no llega al punto de limitar el objeto de pedir del juicio de reparación a la afección individual de la persona, y con eso se superan varias de las dificultades asociadas a la existencia de un juicio climático basado en el derecho civil puro.

Toca ahora ver cómo la acción ambiental puede lidiar con el problema de la incertidumbre que aparece tan especialmente vinculado al calentamiento global.

2. La incertidumbre del daño y la aplicación de los principios preventivo y precautorio

Uno de los aspectos más interesantes del derecho ambiental es la intención de proteger un bien que aún no terminamos de comprender, pero cuyo valor para la existencia humana es absoluto. En ese contexto, no solo la responsabilidad, sino que la mayoría de las instituciones e

¹⁸⁹ Barros, 2006, p. 809. El criterio parece haber sido indirectamente recogido en la Ley de Tribunales Ambientales, que en su artículo 46 III dispone que el fallo indemnizatorio debe tener en cuenta lo resuelto en sede ambiental. Como es lógico, esto no opera en los casos en que solo se haya intentado la acción ordinaria de perjuicios, o bien en que la reparación ambiental haya sido imposible, debiéndose proceder a la compensación ambiental. Sobre la posibilidad de demandar únicamente la reparación de perjuicios civiles en casos de daño ambiental, Femenías, 2017 b, pp. 258 y siguientes. Sobre la forma que asume el objeto de pedir en el juicio de responsabilidad ambiental cuando la reparación es imposible, o excesivamente onerosa, Femenías, 2017 b, pp. 278 y siguientes.

instrumentos que conforman esta rama tienen por fin evitar lo que, en un sentido muy amplio, podemos llamar daños o impactos al medio ambiente.¹⁹⁰

Una característica de este sentido amplio de daño ambiental es que, una vez que ocurre, deshacerlo puede ser muy difícil. Esta no es una característica exclusiva; de hecho basta pensar en los daños asociados a la muerte para recordar que el derecho ha convivido con este problema desde mucho antes de que la protección de la naturaleza fuese tan importante. Sin embargo, en el contexto del derecho ambiental, este dato tiene una influencia muy grande. La pérdida de una especie, la desaparición de un paisaje valioso, o de un bosque milenario, son todos eventos muy sensibles en la conciencia colectiva, y que han asociado especialmente a esta rama del derecho con la idea de que ciertos daños es mucho mejor prevenirlos que repararlos.¹⁹¹

A partir de esta intuición básica, surgen en esta rama del derecho dos principios que tienen una importancia absolutamente fundamental: el principio preventivo y el principio precautorio. Aunque distintas, “la prevención y la precaución son expresiones de la prudencia y actitudes complementarias frente al riesgo y la incertidumbre”.¹⁹² La diferencia está en el nivel de duda que están destinadas a enfrentar: mientras el principio preventivo exige que se tomen todas las medidas necesarias para evitar la concreción de riesgos ciertos y previsibles,¹⁹³ el principio precautorio dispone que respecto de daños posibles, pero que no alcanzan a ser ciertos ni previsibles, esta falta de certeza no puede ser impedimento para la adopción de medidas que eviten su concreción, en especial cuando la amenaza consiste en daños irreparables y graves al ambiente o a la vida humana.¹⁹⁴

En lo que sigue, se intentará mostrar cómo ambos principios pueden tener una influencia sustantiva en el enfrentamiento de la incertidumbre propia de los daños asociados al calentamiento global.

¹⁹⁰ Sobre la relación que existe entre los conceptos de impacto y daño ambiental en la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena, Barros, A., 2018, pp. 760 y siguientes; y Femenías, 2017 b, pp. 403 y siguientes. Sobre el rol unificador que el daño o impacto ambiental en su sentido amplio cumplen en la regulación ambiental, Lin, 2006.

¹⁹¹ Sobre la virtud de una política ambiental que pone su énfasis en la prevención de ciertos daños por sobre su reparación posterior, véase Bermúdez, 2014, p. 48 y Femenías 2017 b, 131. En especial respecto de la relación entre este modelo de política pública y el principio preventivo, Femenías, 2017 b, pp. 124 y siguientes.

¹⁹² Banfi, 2019 a. Sobre la complementariedad de ambos principios, véase también Femenías, 2017 b, p. 137.

¹⁹³ Banfi, 2019 a; Femenías 2017 b, p. 125.

¹⁹⁴ Banfi, 2019 a; Bermúdez, 2014, pp. 46 y siguientes; y Femenías, 2017 b, pp. 135 y siguientes.

a) El principio preventivo

El primero de estos principios se encuentra expresamente recogido en la LBGMA, y está a la base de muchos de sus instrumentos normativos, como es el caso del SEIA, de las normas de calidad y emisión, de los procedimientos de fiscalización y sanción y, según expresa el mensaje presidencial que acompañó a la tramitación de la ley, del sistema de responsabilidad por daño ambiental.¹⁹⁵

Aunque en el origen de la LBGMA el rol preventivo de la responsabilidad ambiental fue entendido con argumentos de prevención general negativa,¹⁹⁶ la verdad es que el principio tiene un rol bastante más amplio: permite la toma de medidas con anterioridad a que el daño se materialice; otorga un enfoque especial al momento de valorar la prueba; permite justificar la adopción de ciertas medidas especiales al momento de dictar sentencia; y contribuye a adaptar la categoría de la culpa por la vía de definir un estándar de comportamiento especialmente preventivo respecto de la evitación del daño ambiental.¹⁹⁷ Todo lo anterior sin mencionar el efecto que los diferentes instrumentos regulatorios de corte preventivo pueden tener en la construcción del deber de reparar.¹⁹⁸

Así, si volvemos la vista al problema de la litigación climática, la primera de estas herramientas es especialmente atractiva. Ella permite, por la vía de las medidas cautelares, o incluso en una sentencia definitiva, que los tribunales ordenen a ciertos actores la adopción de medidas destinadas a evitar un daño antes de que este haya ocurrido: ante la sola amenaza cierta de su concreción o agravación.¹⁹⁹

Así lo entienden los Tribunales Ambientales, que conociendo de una acción ambiental presentada a propósito de la extracción ilegal de Áridos en el río Duqueco, dispusieron una

¹⁹⁵ Biblioteca Congreso Nacional. 1994. Historia de la ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente. Mensaje presidencial, pp. 8 y siguientes. En un sentido análogo, en el derecho de la Unión Europea, véase la consideración N° 2 del preámbulo de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁹⁶ Es decir, se entendió que el principal aporte preventivo del sistema de responsabilidad consistía en el efecto represivo que la asignación de responsabilidad tendría en la generalidad de los actores que potencialmente podrían dañar al medio ambiente. Biblioteca Congreso Nacional. 1994. Historia de la ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente. Mensaje presidencial, p. 9. Sobre la prevención general como justificación de medidas adversas, analizando el punto desde la justificación de la pena, Roxin, C (1976). Problemas Básicos del Derecho Penal, Madrid: Reus, pp. 17-19.

¹⁹⁷ Sobre las herramientas que el principio preventivo otorga en la operación del sistema de responsabilidad por daño ambiental, Femenías, 2017 b, pp. 131-135.

¹⁹⁸ Barros, 2006, p. 791; Banfi, 2015, *passim*.

¹⁹⁹ Femenías, 2017 b, p.132.

serie de medidas destinadas a evitar la concreción de daños probables, justificando su decisión en que, tras una acabada revisión de las distintas instituciones preventivas del ordenamiento ambiental, era posible concluir lo siguiente:

Que, a la luz de lo señalado precedentemente, es claro que en la normativa ambiental citada el concepto de riesgo está íntimamente ligado al de daño ambiental, por lo que este Tribunal estima que el primero forma necesariamente parte del segundo.²⁰⁰

Como es lógico, esto supone un cambio muy relevante respecto del paradigma correctivo de la responsabilidad civil, que asigna a ésta el rol principal de corregir daños ciertos que ya han ocurrido. De hecho, si el daño debe cumplir la función de ser fuente y medida de la responsabilidad, para que esta ocurra es imprescindible que el primero ya se haya materializado. Él justifica políticamente la intervención del juez, y él debe estar al centro de la condena que éste pueda llegar a dictar.²⁰¹

Con todo, esto no es así en nuestro estatuto de responsabilidad ambiental. La LBGMA usa la palabra daño, pero necesariamente debe estar diciendo algo diferente; otra cosa, si no el daño ya materializado, debe cumplir el rol de ser la fuente y medida de esta responsabilidad.

Aunque esto es muy interesante en el contexto del daño ambiental en general, el problema de la litigación climática en particular es que, pese a que la situación pueda cambiar más adelante, el conocimiento que tenemos sobre el calentamiento global y las medidas necesarias para evitarlo no parece ser el suficiente para enfrentar el problema desde el principio preventivo. En otras palabras, pese a la gravedad de los daños que anuncia, el calentamiento global no es aún un fenómeno en que se pueda encontrar la certeza y la previsibilidad suficientes para que un tribunal, en aplicación del principio preventivo, condene a un actor cualquiera a tomar medidas de evitación de riesgos.

Necesariamente, entonces, el análisis debe entrar al principio precautorio.

²⁰⁰ Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda. Segundo Tribunal Ambiental, 29 de noviembre de 2014, rol D 6-2013, considerando N° 40. El análisis en torno a cómo el riesgo forma parte integrante del concepto de daño ambiental se encuentra entre los considerandos N°s 36 y 40.

²⁰¹ Estas son las ideas de J.S. Mill respecto a la función legitimadora del daño en la intervención estatal (John Stuart Mill. (1859). Sobre la Libertad. Trad. Azcárate, P. (2013). Madrid: Alianza). Una actualización y desarrollo del 'principio del daño' de Mill en el contexto de la regulación ambiental, en Lin, 2006.

b) El principio precautorio

Más arriba se dijo que el principio precautorio postula que la falta de previsibilidad y certeza no pueden ser obstáculo para adoptar medidas que impidan la concreción de riesgos especialmente graves a la vida y a la naturaleza. Esta concepción corresponde, grosso modo, al contenido del principio 15 de la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se ha erigido como una de las definiciones más aceptadas del principio.²⁰²

Sin embargo, esta definición no es la única. Desde su primera consagración normativa en la década de 1970, este principio ha experimentado una evolución sostenida, que no solo le ha llevado a encontrar un lugar principal en el centro del derecho ambiental, sino que ha determinado que hoy existan varias versiones del mismo. En los extremos, las versiones minimalistas requieren una muy fuerte probabilidad sumada a una enorme intensidad para justificar la adopción de cualquier medida destinada a evitar un daño. Otras, en cambio, son conservadoras, y llevan la idea al punto de prohibir cualquier actividad que presente la mínima posibilidad de causar un daño de cualquier tipo. En el centro de estas nociones, más allá de una u otra manifestación concreta, el principio no hace otra cosa que trasladar al ámbito jurídico una intuición que está presente entre nosotros desde antiguo: que ciertas cosas, por la gravedad que representan, es mejor evitarlas. Aunque para ello sea necesario incurrir en esfuerzos que van más allá de lo estrictamente necesario.²⁰³

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el principio puede tener influencia en diferentes aspectos. En culpa, permite definir un estándar de gestión de la incertidumbre, es decir, idear un deber de cuidado ya no referido al daño, sino que también a la mera probabilidad de que este ocurra; en causalidad, permite desafiar el criterio tradicional de la

²⁰² Originada en el contexto de los compromisos internacionales para proteger la salud del planeta, el principio 15 de esta declaración dispone: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente." Principio 15, Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 3 al 14 de junio de 1992.

²⁰³ Banfi, 2019 a, p. 5. Un breve recuento de la historia de este principio, junto a las principales consagraciones normativas del mismo en Chile y el derecho comparado, en Femenías 2017 b, pp. 138 y siguientes. Sobre el contenido abierto del mismo, Rudá, 2005, pp. 54 y siguientes. Sobre las distintas versiones del mismo, considerando las distintas versiones a las que se ha llegado a lo largo de la historia del principio, y proponiendo una versión basada en la obra de John Rawles, Gardiner, S. (2006). A Core Precautionary Principle. *The Journal of Political Philosophy* 14 (1). Una revisión crítica de las posturas más radicales, en Banfi, 2019 a, pp. 5-7.

causa adecuada; durante la tramitación del juicio, permite justificar la adopción de medidas cautelares destinadas a evitar riesgos inciertos; y, al momento de dictar sentencia, permite a los tribunales ordenar la adopción de medidas que se encuentren justificadas en la mantención de un nivel determinado de seguridad respecto a la concreción de riesgos especialmente graves.²⁰⁴

El objeto de este trabajo es enfrentar el problema específicamente en relación al daño. Desde esta perspectiva, el principio precautorio, en particular en la última de las opciones revisadas, se presenta como una herramienta para justificar que un tribunal dicte una sentencia condenatoria a pesar de que la totalidad, o una fracción del daño tenido en vista, no haya llegado a ocurrir y, aún más, no alcance siquiera el nivel de probabilidad necesario para aplicar el principio preventivo.

Esto supone un cambio importantísimo a la concepción de la responsabilidad civil que se revisó en el capítulo I. En ésta, el sistema tiene por objeto obtener *ex post* la traslación de un daño desde la persona que lo ha sufrido, a la persona que lo causó.²⁰⁵ Aunque sea redundante, vale la pena repetirlo vez más: el daño es fundamento y límite de la responsabilidad civil.²⁰⁶ Sea en el sistema romano de acciones formularias, o bajo los postulados del liberalismo clásico de John Stuart Mill, éste es el objeto legitimador que el sistema de responsabilidad civil está destinado a atender. Y, sin embargo, en la responsabilidad ambiental el principio precautorio hace posible que exista algo que se asemeja a la responsabilidad civil, que reclama el mismo nombre para sí, que requiere de demanda, contestación y sentencia, pero que puede actuar ante la sola existencia de un riesgo, con independencia de la concreción actual, e incluso futura, del daño.

En otras palabras, el principio permite que sea la gestión de un riesgo, y no el daño en sí, el fundamento y límite del juicio de responsabilidad.

²⁰⁴ Sobre la posible aplicación del principio precautorio en sedes de culpa y causalidad, Banfi, 2019 a, pp. 16 y siguientes, y Femenías 2017 b, pp. 152-157. Sobre la adopción de medidas cautelares basadas en el principio precautorio, en el contexto específico de la acción de reparación ambiental, Femenías, 2017 b, pp. 147-152; un enfoque crítico referido a la eventual aplicación del principio en el sistema de acciones preventivas del derecho común en Banfi, 2019 a, pp. 10 y siguientes. En relación a la dictación de sentencias que ordenan adoptar medidas cuya eficacia directa para evitar un daño no está comprobada, sino que es justificada desde el principio precautorio, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Haya en el caso *urgenda*, causa N°: C/09/456689 / HA ZA 13-1396; número de fallo: 200.178.245/01. En ésta, la orden de adoptar como horizonte una reducción de un 25% de los gases asociados al efecto invernadero fue justificada en la mantención de un nivel de seguridad independiente a la concreta efectividad probada de la medida para hacer frente al riesgo temido.

²⁰⁵ Sobre el requisito de que el daño sea cierto, Barros, 2006, pp. 236 y siguientes; sobre el análisis *ex post facto* que es propio de la responsabilidad civil, Banfi, 2015, pp. 49 y siguientes; y Rudá, 2005, p. 57.

²⁰⁶ Barros, 2006, pp. 215 y siguientes.

Desde ya, esto es bastante lejano a la responsabilidad civil. Aunque la gestión de riesgos no es ajena al derecho, la decisión de si aceptar un riesgo y ver qué ocurre o, en cambio, tomar medidas especiales para impedir que éste se concrete suele conllevar un análisis bastante político, que en consecuencia es usualmente desarrollado por las autoridades públicas.²⁰⁷ A ello se agrega, en defensa de la estructura clásica de la responsabilidad, que el derecho privado no opera en el vacío, sino como parte de un ordenamiento jurídico que dispone de otras vías para hacer frente a problemas de este tipo, sin que sea necesario comprometer los rasgos esenciales del primero para que cumpla funciones que, en rigor, no le son propias.²⁰⁸

Con todo, esa puede ser una defensa robusta respecto a la responsabilidad civil, pero no necesariamente lo es en relación a la acción de responsabilidad ambiental. Como se vio en la primera parte, en ella existen varios elementos tradicionales de la responsabilidad a los que el diseño del sistema derechamente renunció. Partiendo por la exigencia de un daño que afecte personalmente a uno o más individuos, pasando por el requisito de certidumbre y significación del daño, y llegando hasta el sistema de titularidad activa, la legislación ambiental vigente ha configurado un régimen bien lejano a la responsabilidad extracontractual propiamente civil. Por eso, en lo que refiere al principio precautorio, este tiene en la responsabilidad ambiental un terreno fértil en que, guardando las proporciones, es inmune a las críticas que su aplicación podría suscitar en el ámbito civil patrimonial.²⁰⁹

Volviendo al calentamiento global, la gestión de los riesgos que este trae consigo podría llegar a superar la incertidumbre que existe en torno al fenómeno y las medidas necesarias para evitarlo. Esta gestión podría llegar a ser el objeto de pedir en un juicio en que, por ejemplo, se

²⁰⁷ Aunque se volverá sobre el punto más adelante, es importante adelantar que el carácter político que hay en la gestión de los riesgos radica en que, en general, los seres humanos somos bastante erráticos en lo que a riesgos se refiere. Mientras algunos riesgos muy intensos son naturalmente aceptados (en el tabaquismo, el tráfico rodado o el consumo de alcohol, por ejemplo), otros, relativamente bajos, son rechazados enérgicamente (como ocurre, por ejemplo, con la crisis en torno al uso de vacunas que se vive actualmente en Estados Unidos). Por eso la decisión en torno a los riesgos que se admiten y los que no es una en que deben ser adecuadamente ponderadas las legítimas aprensiones y propensiones de una sociedad, con ciertos elementos técnicos que no pueden llegar a desconocerse. Sobre la relevancia y carácter mutable de las percepciones sociales sobre el riesgo, Banfi, 2019 a, pp. 1 y siguientes.

²⁰⁸ Pantaleón, 2003, *passim*.

²⁰⁹ Con todo, aun en la responsabilidad ambiental la argumentación basada en principios también debe hacerse con cuidado. Una nota de prevención respecto a una aplicación descuidada de los principios ambientales, en Rudá, 2005, pp. 4-5. Una alternativa a la aplicación del principio precautorio en estas materias es considerar que, aunque el riesgo no puede en sí mismo dar lugar a la responsabilidad, el incremento de un riesgo extraordinario sí puede dar lugar a la responsabilidad por los daños que se sigan de ese riesgo y, en ese sentido, la presencia de las reglas de responsabilidad actúe como un disuasivo *ex ante* de comportamientos que contribuyan directamente al cambio climático. Banfi, 2019 b, pp. 155-156.

solicitase más investigación respecto de una actividad ya aprobada por el SEIA, o se buscase la adopción de medidas que permitieran reducir la generación de riesgos por empresas particularmente atrasadas en lo que a emisiones de gases invernadero se refiere.²¹⁰

Mutatis mutandi, el juez, igual que la Administración, es un órgano decisor enfrentado a la incertidumbre.²¹¹ En un ámbito acotado, éste podría actuar como un sub-regulador complementario para una sociedad que lidia con riesgos ambientales cada vez más serios, entre los cuales sobresale el calentamiento global, y el cambio climático que éste trae consigo.

Por lo demás, esto permitiría evitar que, ante la falta de instancias adecuadas, algunos impulsos sociales precautorios se ventilen en sedes que no cuentan con las herramientas técnicas o procesales para hacer frente a problemas complejos, como ha ocurrido en Chile con la acción constitucional de protección, o incluso, con interdictos posesorios como la denuncia de obra nueva, que, como se dijo, hace no tanto tiempo dio lugar a que se ordenara, en el seno de un procedimiento cautelar, la demolición de uno de los tranques mineros más grandes del continente.²¹²

Como dice Barros,

[L]a responsabilidad de acuerdo a criterios generales de negligencia puede ser tenida como una última muralla protectora, que obliga no solo a atender a los estándares fijados ex ante, sino también a establecer procedimientos de monitoreo y control que se manifiestan en una administración dispuesta a evitar los daños ambientales conexos a la respectiva actividad.²¹³

C. CONFLICTOS PROCESALES.

En la parte anterior de este capítulo se intentó desarrollar la forma en que la naturaleza mixta del régimen de responsabilidad ambiental permite enfrentar los principales problemas de derecho civil que una demanda de responsabilidad basada en el cambio climático debiese enfrentar en el derecho chileno.

²¹⁰ Sobre la eventual existencia de una segunda ola de litigación climática, que se pudiese construir sobre la base de los primeros casos presentados, y beneficiarse del desarrollo científico en la materia, Hunter y Salzman, 2007, p. 154; y Ganguly *et al.*, 2018.

²¹¹ Rudá, 2005, p.58.

²¹² Corte Suprema, 21 de octubre de 2014, rol N° 12.938-2013.

²¹³ Barros, 2006, p. 803.

Lo mismo vale respecto de los conflictos institucionales y procesales que se revisaron en la tercera parte del capítulo II. En verdad, aunque la naturaleza especial de la acción ambiental se nota primero en los aspectos jurídicos de fondo, el tiempo ha determinado que los aspectos institucionales y procesales de la misma sean igualmente notables. Por eso, en lo que sigue se intentará mostrar la posible solución de las dificultades que en su momento fueron presentadas, esta vez, en el seno de la acción de reparación del daño ambiental.

1. Separación de poderes y legitimidad de los tribunales en decisiones de política pública

La forma en que este primer problema se desarrolla es particularmente fuerte en nuestro derecho. A diferencia de lo ocurrido en el *common law*, en la tradición del derecho continental, a la que Chile pertenece, la modernidad trajo consigo un monopolio muy intenso de la ley como fuente del derecho. Ésta, más identificada con la voluntad del Estado, fue celosa del resto de las fuentes del derecho y, de entre ellas, la jurisprudencia debió lidiar, además, con la postura anti judicial que parece haber permeado las revoluciones ilustradas y, posteriormente, la codificación.²¹⁴

Con todo, en este respecto no conviene extremar las diferencias. Aunque el rol del juez es muy distinto en ambas tradiciones, los desafíos que para un sistema jurisdiccional supone recibir en sus pasillos un fenómeno como el calentamiento global son tan grandes, que en ambas tradiciones han surgido preocupaciones vinculadas a la separación de poderes. En el *common law* esto ha ocurrido en la forma de una barrera a la admisibilidad judicial de estos casos, llamada *political question doctrine*; mientras que en el derecho continental, este tipo de objeciones han asumido la forma de una invocación directa de la separación de poderes.²¹⁵

²¹⁴ Una interesante y breve referencia al rol protagónico de la ley entre las fuentes del derecho moderno, haciendo un contrapunto entre la tradición continental y el *common law*, en Merryman, J.H y Pérez-Perdomo, R. (2014). La Tradición Jurídica Romano-Canónica. 3ª ed. Trad. Suárez, E. Mexico, D.F: Fondo de Cultura Económica, capítulos IV, V y VI, pp. 48 y siguientes y, especialmente, pp. 69 y siguientes. En el mismo sentido, Bobbio, N. (1993). El positivismo jurídico. Trad. De Asís, R., y Greppi, A. Madrid: Debate, pp. 44-47, y 169 y siguientes.

²¹⁵ La comparación de la forma en que una y otra tradición han lidiado con el tema se ve, en cierto modo, oscurecida por el hecho de que la enorme mayoría de los casos que se han presentado han tenido lugar dentro del *common law*. De hecho, según datos del Centro para el Derecho del Cambio Climático de la Universidad de Columbia, de los casos actualmente vinculados al fenómeno, 1024 han sido presentados en EE. UU y solo 306 lo han sido en el resto del Mundo (Sabin Center for Climate Change Law, disponibles en Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP. (2019). Climate Change Litigation Databases. [en línea] <<http://climatecasechart.com/>>). Sin embargo, a efectos de mostrar cómo la separación de poderes ha sido un problema en ambas tradiciones, es interesante comparar el desarrollo de la *political question doctrine* en materia de calentamiento global, por un lado, y la posición del Estado Holandés en el famoso caso *Urgenda*, por el otro. Sobre el desarrollo de la *political question doctrine* véanse los recuentos de Ganguly, *et al.*, 2018, pp. 48-49; y Murray, D.

En lo que sigue, se intentará mostrar, primero, el aporte a la superación de estas dificultades que supone la creación, por el propio legislador, de una acción destinada especialmente a obtener la reparación de la naturaleza. Luego, este análisis es complementado con los principales argumentos que se pueden encontrar en el contexto del derecho comparado para apoyar el rol que los tribunales puedan tener en el enfrentamiento del calentamiento global.

a) La creación de la acción ambiental, su naturaleza mixta, la separación de poderes y la creación de tribunales especiales

Al iniciar este capítulo se indicó que la acción ambiental representa un régimen mixto, que combina elementos de derecho privado y derecho público. Luego, se intentó mostrar cómo la creación de este régimen supuso que el legislador, de modo totalmente consciente, cambió el rol tradicionalmente reservado a los particulares en sede de responsabilidad extracontractual, a saber, la defensa de aquello que les es propio.²¹⁶

Estas opciones afectan la forma en que se define la política pública ambiental, en especial en la distribución de competencias entre el poder judicial y los demás poderes del Estado. Para entender por qué, es necesario volver por un instante al rol que el viejo régimen de responsabilidad extracontractual del Código Civil asigna a los jueces, y con esa base, analizar los cambios que supone el cambio de rol asignado a los particulares en el contexto de la responsabilidad ambiental.

El juez y la responsabilidad civil extracontractual

Aunque los ideales de la ilustración significaron que el derecho continental asignara un rol preponderante a la legislación como fuente del derecho, este proceso nunca ocurrió del todo en la responsabilidad extracontractual. Destinada a regir las formas más básicas de convivencia civil, incluso en los sistemas más radicales de derecho codificado ésta se estructuró en base a unas pocas reglas de carácter muy general, caracterizadas por el uso de conceptos normativos

(2019). Will Climate Change the Courts? *The New Atlantis*, 57(1), pp. 8-10. Con una postura favorable al uso de esta doctrina, Miller, 2010; y con una postura crítica, Thorpe, 2018. Respecto a la relevancia de la separación de poderes en el caso *Urgenda*, Fahner, 2018.

²¹⁶ De hecho, en el mensaje del Presidente de la República que acompañó la tramitación de la LBGMA en el Congreso, se mencionó como uno de los principios rectores el de participación ciudadana, y al efecto se dijo que con el proyecto "Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental". Historia de la ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente. Mensaje presidencial, p. 10.

indeterminados.²¹⁷ Así, el mismo sistema de reglas basado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil ha sido usado para resolver conflictos que van desde el volcamiento de una carreta, en el siglo XIX, hasta los choques de automóviles y la difusión abusiva de datos personales en internet, en el siglo XXI.

Como es lógico, esto supone que ya en sus inicios el sistema legislado de responsabilidad civil extracontractual reserva un rol muy importante para la argumentación basada en principios, para la costumbre y, también, para la creación y desarrollo del derecho por parte de los jueces.²¹⁸ De hecho, este ordenamiento representa uno de los mejores ejemplos de cómo, dentro del sistema de la codificación, existen espacios para la aparición de subsistemas principalmente definidos por la labor del juez. El punto es muy bien explicado por John Henry Merryman, quien al respecto dice:

Las disposiciones del código son tan rudimentarias y tan vacías de sustancia que los jueces han debido crear el derecho aplicable caso por caso. En consecuencia, el derecho de los daños efectivamente aplicable no se encuentra en el código sino fuera de él, en las decisiones de los tribunales ampliamente difundidas, consultadas y citadas. A través del tiempo, cambia imperceptiblemente la importancia asignada a los hechos y la actitud de los jueces hacia los resultados correctos, y el derecho cambia también.²¹⁹

El juez y la responsabilidad ambiental

Este rol del juez, ya bien importante en el ámbito tradicional de la responsabilidad civil extracontractual, adquiere una relevancia mayor en el contexto de la acción de reparación ambiental. La razón está dada en buena medida por el rol que el legislador reservó a los particulares en el diseño de este sistema. Es decir, el haberles permitido ser también ellos, y no

²¹⁷ Barros, 2006, pp. 18 y 33. Sobre la forma en que operan los conceptos indeterminados y normativos en el derecho, English, K. (1967). *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Ediciones Guadamarra, pp. 137 y siguientes.

²¹⁸ Barros, 2006, p. 34. Para un análisis general del rol de las reglas y los principios en el derecho, Barros, E. (1985). *Reglas y Principios en el Derecho*. Anuario de filosofía jurídica y social. Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Valparaíso (Chile). Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, pp. 274 y siguientes.

²¹⁹ Merryman y Pérez-Perdomo, 2014, p. 256.

solo los oficiales de la Administración, los encargados de cautelar judicialmente un bien tan público como es la protección de la naturaleza.

En efecto, una cosa es que el juez tenga un espacio amplio de desarrollo cuando los particulares solo están legitimados para acudir a él pidiendo que solucione la afección de bienes que les son propios. Otra bien distinta es que los mismos particulares puedan acudir al juez, no ya para amparar aquello en lo que son titulares, sino para pedir que éste tome las medidas adecuadas para alcanzar un objetivo que mira al interés general.

Mientras en un caso el poder creativo del juez difícilmente se encontrará con el ámbito de funciones del legislador o de la Administración Pública, en el segundo caso este poder incide directamente en el ámbito de funciones que define buena parte de la actuación del gobierno y la legislación: la realización de bienes públicos.²²⁰

En este sentido, es significativo que el conocimiento de la acción de reparación ambiental haya sido entregado a un tribunal especial de composición mixta, como son los tribunales ambientales creados en Chile el año 2012, a 18 años de la dictación de la LBGMA.²²¹

La creación de este tipo de tribunales en este contexto no es neutra. En la tradición continental, la aparición de tribunales especializados se produce en un momento marcado por el declive del modelo de supremacía legal como fuente del derecho, y en el que el rol de la jurisdicción se vuelve cada vez más importante.

De hecho, en los países pertenecientes a la tradición del derecho civil la práctica de conceder un rol más importante a la jurisdicción no es algo nuevo. La aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes; la aparición de cortes constitucionales que, al más puro estilo *Marbury vs. Madison*, tienen la facultad de declarar la invalidez de la ley; y el sometimiento de los actos legislativos nacionales a sistemas internacionales de control basados en los derechos humanos; son todos fenómenos que dan cuenta de cómo, en gran parte de los

²²⁰ Barros, 2001, pp. 9 y siguientes.

²²¹ Los tribunales ambientales están integrados por tres miembros titulares: 2 abogados y un científico, todos especializados en materias ambientales o administrativas (Ley N° 20.600, artículo 2°). La competencia para conocer de la acción de reparación está establecida en la LBGMA, artículo 60, y en la Ley N° 20.600, artículo 17 N°2. El procedimiento asociado al conocimiento de la acción está regulado en los artículos 33 y siguientes de la misma ley.

países que forman parte de esta tradición, la imagen tradicional del juez “se está desvaneciendo”.²²²

Así, la existencia de un tribunal con las características que tienen los tribunales ambientales responde a un fenómeno generalizado de cambio en la función que tienen los jueces de la tradición jurídica a la que Chile pertenece.

Más en concreto, en nuestro país la existencia de un tribunal de este tipo no puede dejar de analizarse en relación con la antigua discusión en torno a la existencia de tribunales específicamente destinados a controlar los actos de la Administración Pública. Aunque desde hace algún tiempo la existencia y rol de los tribunales contencioso administrativos ha girado en torno al espacio de discrecionalidad y deferencia que estos deben dejar a la Administración,²²³ la idea de que es necesario contar con un cuerpo especializado y técnico de jueces para resolver los problemas que origina el ejercicio del poder público está directamente subordinada a la discusión, más política, sobre la posibilidad de que los tribunales puedan conocer y calificar las decisiones que toma el regulador administrativo.²²⁴

En este contexto, parece que la creación de tribunales especiales más o menos independientes del poder judicial representa una especie de acuerdo entre quienes son favorables y quienes son contrarios a un control jurisdiccional de la actividad de la Administración del Estado. Para los primeros, estos tribunales representan una vía efectiva de control administrativo; para los segundos, su independencia respecto de los jueces comunes, y la formación técnica de sus

²²² Merryman y Pérez-Perdomo, 2014. La cita es de la página 75, pero la idea está contenida en pp. 74-76; y 262-264. Una referencia a los antecedentes históricos del control de constitucionalidad en el contexto del derecho continental en Amunátegui, C. (2016). Teoría y fuentes del Derecho: Boni et Aequi. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 65 y siguientes. Respecto al alcance del rol de los tribunales como creadores de normas generales, véase el ejemplo que el mismo texto ofrece respecto a Sudáfrica, en que el tribunal constitucional no solo determinó que debía legislarse en favor del matrimonio de personas del mismo sexo, sino que además dictó él mismo una regulación provisoria, hasta que el legislador cumpliera con su deber (*Minister of Home Affairs v. Fourie*, citado en p. 124).

²²³ Sobre el control de discrecionalidad, mostrando su lugar central en la definición de procedimientos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, Cordero, 2015, pp. 625 y siguientes.

²²⁴ Costa, E. (2014). Los tribunales administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)* 27 (1): pp. 153 y siguientes, y a modo de síntesis, en p. 157. Sobre las razones que explican que la discusión referente a la separación de poderes haya asumido la forma más abordable de la deferencia técnica, véanse pp. 156-159. En un sentido muy similar, distinguiendo por un lado un modelo en que los tribunales se limitan a anular actos ilegales y, por otro, uno de jurisdicción plena, en que los tribunales pueden incidir en la forma concreta que debe asumir el acto, Valdivia, J.M (2015). Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales, en Ferrada *et al.* (Eds.). *La Nueva Justicia Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 256 y siguientes.

integrantes representa una garantía de que sus decisiones no serán demasiado distintas a las que hubiese adoptado inicialmente el organismo técnico de la Administración.²²⁵

De esta manera, nos encontramos en Chile con un tribunal que, por un lado, puede ser requerido por ciudadanos individuales para actuar en ámbitos tradicionalmente entregados la actividad regulatoria y, por otro, representa una instancia específicamente creada para ejercer control sobre los actos de la Administración pública, lo que tempranamente ha sido entendido por el propio tribunal como una autorización para tomar decisiones de efecto mucho más general que el que, en su momento, previó artículo 3° del Código Civil.²²⁶

Esto tiene mucha importancia a efectos de la objeción de separación de poderes asociada al conocimiento de los litigios relacionados al calentamiento global. La objeción antidemocrática ligada a la actividad jurisdiccional parece hoy mucho más tenue que años atrás y, en cualquier caso, se trata de un tribunal que ha sido creado con una decisión expresa de los poderes ejecutivo y legislativo. En otras palabras, de un modo limitado, el propio legislador ha invitado a los tribunales a participar, al menos en materia ambiental, de la toma de decisiones públicas sobre la gestión de bienes comunes.

b) Argumento político: la aparición del 'Estado Regulador' y el peso de la regulación administrativa en relación a la ley

En absoluto llamé ahora a los denominados magistrados servidores de las leyes por un afán de acuñar nombres nuevos, sino porque pienso que la conservación de la ciudad y lo contrario se encuentra en esto más que en cualquier otra cosa.

²²⁵ Costa, pp. 161-162.

²²⁶ Un caso expresivo de esto es el fallo del Segundo Tribunal Ambiental de 16 de diciembre de 2014, rol R-22-2014 (confirmado por la Corte Suprema el 30 de septiembre de 2015, rol N° 1.119-2015). En éste, el Tribunal anuló el acto administrativo en que la Administración estableció concentraciones máximas para ciertos contaminantes de la ciudad de Santiago (Decreto Supremo N° 20/2013, del Ministerio del Medio Ambiente). En particular, una de las razones de nulidad fue la derogación de un límite para la concentración anual de cierto contaminante, la que a juicio del Tribunal debió haber cumplido con un estándar de motivación especialmente exigente. En principio puede parecer que el Tribunal se limita a establecer un nuevo estándar de motivación, sin participar de la definición de política pública entregada a la Administración. Sin embargo, la definición del estándar de motivación en un acto necesariamente supone un juicio correlativo sobre el nivel de riesgo tolerable para ese mismo acto, cuestión que en un modelo tradicional quedaría típicamente entregada a la discreción administrativa. En otras palabras, la definición del estándar de motivación no es un límite externo a las definiciones de política pública; es parte integrante de ésta.

En efecto, en la [ciudad] que la ley esté eventualmente dominada y no tenga poder, veo su ya pronta destrucción. Pero en aquella en la que la ley fuere amo de los gobernantes y los gobernantes esclavos de las leyes contemplo la salvación y que llega a tener todos los bienes que los dioses conceden a las ciudades.²²⁷

La cita de Platón no se refiere a la ley en el sentido técnico que esta palabra tiene entre nosotros. En un sentido mucho más amplio, contiene la idea de que el gobierno del derecho es siempre superior que el ejercido al arbitrio de las mujeres y hombres que estén en el poder.²²⁸

Con todo, la cita es representativa de un punto que aquí es muy relevante. La idea que está detrás de la objeción antidemocrática a la actividad de los jueces es que, de todas las fuentes del derecho y el gobierno, la ley es la más democrática. Si el pueblo reúne en sí toda la soberanía del Estado, la forma en que la ejerce es por medio de las leyes dictadas por quienes son sus representantes.²²⁹

Así, la intromisión del juez en las materias propias de la legislación representa una afrenta directa a la legitimidad democrática que la segunda ostenta, y de la que el primero carece.

Sin embargo, en nuestros tiempos este modelo tiene un importante matiz. La complejidad de las relaciones humanas en una sociedad como la nuestra ha llegado a un punto en que aun la ley, que en su momento fuera la más dinámica de las formas de gobierno,²³⁰ no es capaz de seguir el paso a los desarrollos sociales y tecnológicos que demandan nueva regulación.

De una manera clarísima, este vacío ha sido llenado a través de la actividad administrativa del Estado, concentrada principalmente en el poder ejecutivo, y no en el parlamento democrático. Los decretos, dictámenes y resoluciones, exentos de la larga discusión parlamentaria, y versátiles para abordar desde regulaciones generales a autorizaciones especiales, se han

²²⁷ Platón, Diálogos VIII. Leyes. Trad. Lisi, F. (1999). Madrid: Gredos, pp. 373-374.

²²⁸ Bobbio, N. (1985). Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. Trad. Fernández, J. (1989). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, pp. 130 y siguientes.

²²⁹ Amunátegui, 2016, p. 62; Merryman y Pérez-Perdomo, 2014, p. 53.

²³⁰ Sobre el rol dinamizador de la ley, y específicamente de la codificación, respecto del sistema anterior de fuentes del Derecho, Bello, A. (1855). "Codificación del derecho civil", en Ramírez, P. (1881). Obras completas de don Andrés Bello, Opúsculos jurídicos. Santiago: Pedro G. Ramírez, p. 38. En el mismo sentido, Merryman y Pérez-Perdomo, 2014, pp. 48 y siguientes.

mostrado un mejor instrumento que la ley para enfrentar los desafíos ordinarios del gobierno. En palabras de Merryman y Pérez-Perdomo:

Las legislaturas pueden delegar en el ejecutivo el poder de hacer leyes, de modo que es el ejecutivo quien legisla efectivamente por medio de ‘decretos legislativos’. Esta práctica se ha acelerado a un ritmo extraordinario en todo el mundo del derecho civil durante los últimos decenios, por razones que parecen reflejar una incapacidad creciente de los parlamentos representativos para desempeñar los papeles que le asignara la ideología del siglo XIX. Gran parte de la legislación contemporánea no es pues el producto de un parlamento elegido popularmente, sino de un proceso menos público conducido en las oficinas del ejecutivo.²³¹

Si esto es así, la actividad de los jueces ya no debe medirse con la ley, representante por excelencia de la autoridad del soberano. En cambio, los jueces enfrentan a un rival con bastantes menos galones: la regulación de un organismo técnico perteneciente a la Administración del Estado.

De esta manera, cuando el legislador invita a los jueces del tribunal ambiental a que participen del proceso regulatorio, y les dota de las facultades para cautelar directamente la realización de algunos fines públicos, lo hace no en desmedro de la ley, sino que como contrapunto a los poderes que, con fuerza cada vez mayor, asume la Administración.

En otras palabras, no se trata ya de la intromisión de un magistrado arbitrario en el gobierno del Estado, sino que más bien de la cordial invitación que el legislador, en tanto portador de la legitimidad democrática, ha hecho a un tribunal que, en caso de no existir, dejaría todo el espacio que ocupa en la discrecionalidad de los funcionarios administrativos.

c) Argumento técnico: el avance de la ‘ciencia climática’ y el control judicial

Finalmente, la superación de la objeción antidemocrática recibe algo de ayuda de los avances cada vez mayores de la ‘ciencia climática’. Avances que probablemente, en la medida que la

²³¹ Merryman y Pérez-Perdomo, 2014, pp. 258-259.

litigación del calentamiento global se vuelve más frecuente, también reciban algo de ayuda desde las cortes.

En verdad, la relación entre el conocimiento científico y el razonamiento judicial es objeto de complejas teorías en el derecho contemporáneo. Por un lado, existe una importante preocupación de que los tribunales se basen excesivamente en razones científicas, en circunstancias que la ciencia por sí misma no es razón para justificar decisiones en la forma en que el derecho lo hace. Por otro, a pesar de que los tribunales lo intenten, la versión de la ciencia que acojan en sus sentencias siempre va a ser una versión simplificada; extirpada casi a la fuerza del debate y controversias que le dan vida a este tipo de conocimiento, y, por ende, siempre imperfecta. Estas son algunos de los puntos que, de forma muy convincente, levanta Lucas Bergkamp al comentar el caso *Urgenda*.²³²

Con todo, también se puede argumentar que, por imperfecta que sea, esta es una relación que existe. El conocimiento científico es un dato de los tiempos que corren, y parece ilusorio pensar que éste no tenga un rol que jugar en los tribunales de justicia, especialmente en casos como los que se vienen analizando. Por un lado las cortes confieren una nueva autoridad normativa a las conclusiones que, por considerar indiscutidas, usan para basar sus fallos, pero por otro, el mayor conocimiento científico provee a las cortes de una nueva legitimidad para fijar hechos y derechos en contextos en que aprehender la realidad necesaria para adjudicar es muy complejo.²³³

Este último punto es el que interesa destacar aquí. Bajo la objeción política a la adjudicación de conflictos como el calentamiento global, sea en la forma de la *political question doctrine* o de la invocación directa a la separación de poderes, generalmente subyace la idea de que las decisiones que se toman con demasiado poco conocimiento del problema, o en que se apuesta demasiado en predicciones inciertas, pertenecen al ámbito de la política. De uno u otro modo, la falta de claridad en las causas y en las consecuencias del problema enfrentado haría que,

²³² Bergkamp, 2015, *passim*.

²³³ De Jong *et al.*, 2018, pp. 10-11.

cualquiera que sea la decisión, esta asuma la forma de la ponderación valorativa de opciones que es típica de la decisión política.²³⁴

En cambio, las decisiones de los tribunales debiesen basarse siempre en una base sólida; en principios asentados y aceptados de los cuales puedan derivarse, igual que un árbol, las distintas resoluciones que los tribunales adoptan en los casos a los que son enfrentados. En palabras de un conocido juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, a las que se ha hecho referencia más arriba, “Las leyes promulgadas por el poder legislativo pueden ser inconsistentes, ilógicas y *ad hoc*; el derecho pronunciado por los tribunales debe ser principiado, racional, y tener base en distinciones razonadas”.²³⁵

En concreto, la litigación climática basada en las reglas de la responsabilidad extracontractual permite mirar el estado de las cosas de un modo algo distinto.

La mayoría de los juicios de este tipo han fracasado, y en los casos en que no ha sido así, las decisiones parecen bastante discutibles. Sin embargo, el fracaso judicial puede no ser necesariamente un fracaso social.

El incremento de este tipo de juicios, sumado al conocimiento cada vez mayor en torno a las causas, amenazas y soluciones del calentamiento global puede tener un importante efecto transformador en la forma en que este sea enfrentado en los tribunales.

La forma en que esto podría ocurrir es muy bien explicada en Ganguly *et al.*:

La proliferación de este tipo de discusiones podría tener como resultado que el cambio climático ya no se represente ante el tribunal como un problema difuso y general causado por una miríada de fuentes desconocidas y no identificables, sino como consecuencia de un conjunto específico de opciones y acciones, llevadas a cabo por grupos discretos de actores bien informados, y que causa daños particulares y medibles. Esta conceptualización podría desencadenar un

²³⁴ Esta es la razón por la que el principio precautorio, analizado más arriba, ha tenido su mayor desarrollo en el contexto de instrumentos normativos que admiten un contenido político más directo que la sentencia judicial, como es el caso de los tratados internacionales, las leyes, y las regulaciones administrativas.

²³⁵ “*Laws promulgated by the Legislative Branch can be inconsistent, illogical, and ad hoc; law pronounced by the courts must be principled, rational, and based upon reasoned distinctions*”. La frase es del juez Antonin Scalia, y fue pronunciada en el caso en el caso *Vieth v. Jubelirer*, 541 US 267 (2004), cuya opinión mayoritaria está disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/267/#tab-opinion-1961507>.

cambio en la disposición judicial y transformar el cambio climático de una cuestión política a una preocupación individual.²³⁶

Esta es una predicción. Puede ocurrir o no, y sus consecuencias son discutibles. Sin embargo, permite destacar un punto muy relevante para lo que aquí se quiere decir. La distinción entre lo político y lo jurídico no es estática sino mutable, abierta al cambio de circunstancias. En el caso particular del calentamiento global, esto significa que mientras más sepamos de él, más próximo se encontrará este a la órbita del derecho y los tribunales, especialmente si se trata de tribunales con las características del tribunal ambiental. Igual que ha ocurrido muchas veces antes, lo que hoy es político puede mañana perfectamente ser una cuestión de derecho.

2. La crítica epistemológica. Falta de capacidad técnica de los tribunales para tomar decisiones técnicamente complejas.

El segundo problema de la litigación climática que se presentó, desde una perspectiva procesal, es el de la incapacidad técnica de los tribunales para lidiar con asuntos de la complejidad del calentamiento global.

Este problema es en realidad bien político. Se relaciona directamente con los conflictos institucionales derivados del control judicial de la discrecionalidad política. Sin embargo, el avance técnico de la sociedad, y el carácter más acotado en que se produce la contienda, han determinado que este problema asuma una fisonomía propia, de alguna manera escindiéndose del problema más general de la separación de funciones.²³⁷

Como podrá imaginarse, la solución del problema excede por mucho las posibilidades de este trabajo. Aquí simplemente interesa mostrar cómo este debate, y los productos normativos que ha tenido, pueden influir en la forma de enfrentar el fenómeno de la litigación climática en ordenamientos jurídicos similares al chileno.

²³⁶ "The proliferation of such argumentation could result in climate change no longer being represented before the court as a diffuse and general problem caused by myriad unknown and unidentifiable sources, but instead as the consequence of a specific set of choices and actions, undertaken by a discrete group of well-informed actors, which causes particular and measurable damage. This conceptualisation could trigger a shift in the judicial mindset and recast climate change from a political question into an individual concern". Ganguly *et al.*, 2018, p. 856. Una idea similar, respecto del derecho chileno, en Costa, 2014, pp.155-156.

²³⁷ Una referencia a esta vinculación directa, y con referencias históricas que explican la progresiva diferenciación del problema en Costa, 2014, pp. 156 y siguientes.

Para bien o para mal, el debate en torno al rol de los jueces se ha declinado progresivamente en favor de la existencia de algún tipo de control que, viniendo desde fuera de la Administración, ponga límite a las facultades con que esta cuenta. En Chile, esto ha ocurrido por medio de la creación de distintas agencias resolutivas que, a poco andar, o son transformadas en tribunal, o ceden parte importante de sus competencias a un órgano que, sin ser parte del poder judicial, ejerce jurisdicción.

En el debate parlamentario que ha precedido a la creación de la mayoría de estas instituciones, se ha hecho referencia a la necesidad de que el control de la administración provenga de tribunales que, manteniendo la separación de funciones, cuenten con la capacidad técnica de enfrentar los complejos temas que están llamados a resolver.²³⁸

Este fue precisamente el caso de los tribunales ambientales. El tribunal no solo debe estar integrado por abogados formados en materias ambientales o administrativas, sino que además debe tener entre sus jueces a un licenciado en ciencias que se especialice en materias ambientales, y cuenta con dos funcionarios profesionales especializados en materias científicas y económicas. Además, los tribunales tienen la facultad de contratar expertos que les asesoren especialmente respecto de algunas causas o materias, pueden recibir informes de profesionales destacados en ciertas materias,²³⁹ y pueden determinar de oficio la realización de peritajes técnicos asociados a la materia de la que estén conociendo (Ley N° 20.600, artículos 2°, 13, 19 y 42, respectivamente).

Sin duda que esto no asegura que, enfrentados a un caso relacionado con el calentamiento global, los jueces del tribunal ambiental vayan a estar en posición de manejar adecuadamente todas las variables. Seguramente nadie está en esa posición, y es muy improbable que jamás

²³⁸ Costa, 2014, pp. 156.

²³⁹ Estos informes originados en los “*Amicus Curiae*” son especialmente interesantes en sede de daño ambiental. Al admitir una demanda a tramitación, el Tribunal debe publicar un aviso en su sitio electrónico permitiendo la identificación clara de la causa. Hecho esto, hay 30 días de plazo para que cualquier persona que no sea parte, y que cuente con ciertos antecedentes de idoneidad, dirija una opinión escrita respecto de las materias relacionadas a la causa en las que esté comprometido un interés público (artículo 19 I). Una temprana nota sobre el rol de estos informes, argumentando que estos se basan en la necesidad informar a los jueces respecto de los posibles efectos de sus fallos, cuando estos efectos se pueden extender más allá de las posiciones de las partes, en (1921). Notas de la editorial. *Amici Curiae*. *Harvard Law Review*, 34(7), pp. 773-776. Una referencia al desarrollo y fines de la figura en el contexto del derecho chileno, y a la forma en que esta figura fue recibida por primera vez en una ley con la creación de los tribunales ambientales en la carta de Miranda, P. (2015). *El amicus curiae en los tribunales ambientales*. [en línea] El Mercurio Legal. 29 de mayo de 2015 <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/05/29/El-iamicus-curiae-en-los-tribunales-ambientales.aspx?disp=1>>.

un tribunal esté en mejor posición que la Administración en estas materias, por muchas facultades técnicas con que cuenta. Sin embargo, es innegable que lo que aquí se ha llamado “crítica epistemológica” debe ser reformulado cuando se plantea respecto de un tribunal con las características que tienen los tribunales ambientales chilenos. En este punto, como en otros, es imposible negar que existe una voluntad clara de nuestros poderes legislativos por innovar en lo que toca a la figura del juez. Ya no se trata de un juez que sea totalmente extraño a las materias técnicas y, enfrentado a un caso de litigación climática basado en las reglas de la responsabilidad extracontractual, este juez podría verse a sí mismo en una posición bien distinta que la del “poder nulo” de Montesquieu.

3. El objeto de pedir en el juicio por daño ambiental y la amplitud de condenas posibles

Un tercer problema que, en su momento, se revisó respecto de la litigación climática, es que en la generalidad del sistema de acciones civiles chileno, en particular en aquellas que de un modo u otro están referidas a la protección del medio ambiente o intereses difusos, la condena que el tribunal está autorizado a dictar se encuentra previamente tipificada en la ley. El tribunal no cuenta con los medios para poder adaptar este contenido a las particularidades del caso.

Esto es imposible si de lo que se trata es que un tribunal entre en el complejo ámbito de la protección de intereses difusos como el medio ambiente. Para emprender esta tarea, sobre todo respecto de conflictos mutables y complejos, el tribunal debe contar con mucha libertad a la hora de determinar las medidas necesarias para enfrentar el problema. En caso contrario, como se indicó más arriba, se corre el riesgo de que asuntos muy complejos sean resueltos por vías jurisdiccionales que, por la simplicidad del problema que están destinadas a enfrentar, no pueden dar cuenta de la compleja solución que resulte necesaria.²⁴⁰

La acción de reparación ambiental es robusta frente a este problema. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con los interdictos posesorios, la LBGMA no tipificó de ninguna forma el tipo de medidas que un tribunal puede ordenar a efectos de obtener la reparación del daño ambiental. De lo único que la ley se ocupó, consecuente con la finalidad de esta acción, es de disponer que

²⁴⁰ Como ocurrió en el conocido caso “caimanes”, al que se hizo referencia más arriba. En él, la Corte Suprema ordenó la demolición condicional de uno de los tranques de relave más grandes del continente sobre la base de uno de los interdictos posesorios de tramitación sumaria contemplados en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil para hacer frente a conflictos propios de las relaciones de vecindad (Corte Suprema, 21 de octubre de 2014, rol N° 12.938-2013).

la responsabilidad ambiental que es objeto del juicio tiene el único fin de reparar y proteger a la naturaleza, en tanto bien distinto a la indemnidad patrimonial de quienes puedan haber sido afectados. De ahí que la LBGMA, antes de disponer que la restauración del entorno constituye el objeto de la responsabilidad ambiental, define a la reparación como “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas” (artículo 2º, letra s).

Esta es prácticamente la única norma que define lo que puede ordenar el juez en caso que quiera aceptar una pretensión ambiental. No existe más límite que el contenido en esta definición. Por eso, en la dictación de sentencias judiciales, los tribunales ambientales tienen la libertad de ordenar la formulación y presentación de programas de cumplimiento, la supervisión por organismos administrativos y decretar una amplia gama de medidas tendientes a obtener la reparación del daño.

Llevado esto al contexto de una eventual demanda de responsabilidad extracontractual vinculada al calentamiento global, estas facultades se traducen en que, entre las limitaciones del juez, éste no tendrá el problema de verse atado respecto a la serie de medidas que, en el caso concreto que enfrente, puedan resultar necesarias para ordenar la protección ambiental que le parezca pertinente.

4. Superación del carácter estático de la cosa juzgada en base al principio precautorio: cosa juzgada provisional

Hacia el final del capítulo anterior se hizo referencia a los problemas que supone la figura de la cosa juzgada en los casos en que los tribunales son enfrentados a la adjudicación de cuestiones regulatorias. En medida mucho mayor que cuando se trata de resolver conflictos de interés individual, la adjudicación de disputas vinculadas a intereses difusos, de un modo u otro, incidirá en la comunidad. Por eso, en la medida que el derecho permite que los tribunales tengan mayor incidencia en estos asuntos, no puede ignorar una cuestión que respecto a la política pública parece ser clara: que nuevas circunstancias pueden requerir una nueva regla.²⁴¹

²⁴¹ En verdad el análisis que sigue parte de la base de que las sentencias de los tribunales efectivamente tienen un rol en la definición de la política pública. El punto es bastante complejo y, aunque excede el objeto de este trabajo, se ha intentado mostrar algunas ideas al respecto más arriba (*supra* Capítulo III, C.1). Para lo que aquí interesa, vale

Para abordar el punto, puede ser interesante hacer una referencia a los elementos que están en juego en la posibilidad de que, antes de cualquier intervención judicial, la propia Administración cambie las decisiones que ha tomado. El principio generalmente aceptado es que, mientras la jurisdicción requiere que los juicios acaben en algún momento, con una sentencia pasada en la autoridad de la cosa juzgada, los actos de gobierno no lo requieren, y pueden ser reemplazados en caso que se produzcan de forma viciada o, sencillamente, queden obsoletos.²⁴²

Con todo, la regla anterior tiene matices. En verdad la estabilidad de las decisiones también es un valor en el ámbito administrativo, y existen buenas razones para entender que lo que la Administración decide un día no puede ser cambiado al día siguiente. El punto crítico parece

señalar dos cosas. En primer lugar, los tribunales ambientales tienen la posibilidad de anular instrumentos normativos de aplicación general que se han dictado sin respetar la legalidad ambiental; por sí sola, la anulación de un instrumento de este tipo implica un acto que incide en el público, y de ahí que la ley que crea los tribunales ambientales disponga que, igual que una ley, la sentencia del tribunal no tendrá efecto sino hasta que sea publicada en el diario oficial (Ley N° 20.600, artículo 31; Valdivia, 2015, pp. 262-263). En segundo lugar, aun adoptando un modelo exclusivamente anulatorio, centrado en el control de legalidad de los actos, la existencia de este poder conlleva la necesidad de que estos tribunales indiquen las pautas que debe seguir la Administración en el reemplazo del instrumento anulado. Cuando un tribunal tiene el poder de descartar por ilegal una determinada vía de actuación administrativa, inmediatamente queda planteada la pregunta sobre cuál es la forma en que, este mismo tribunal, considera que la acción anulada debió llevarse a cabo (Valdivia, 2015, p. 264). Un ejemplo relativamente reciente, al que ya se ha hecho referencia, sirve para aclarar el punto. En 2014 el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago anuló el Decreto Supremo N° 20 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que establecía una norma de calidad primaria para el material particulado respirable MP10 (Segundo Tribunal Ambiental, 16 de diciembre de 2014, rol R-22-2014, confirmado por la Corte Suprema el 30 de septiembre de 2015, rol N° 1.119-2015). La razón para anularla fue la falta de fundamentación del estándar fijado por el Ministerio, el que además habría vulnerado un eventual principio de “no regresión ambiental”, que impone especial justificación de las normas que rebajen estándares anteriores (la norma derogó el umbral máximo de concentración anual de estas partículas fijado en un decreto anterior). Cumpliendo con el artículo 30 de la ley que crea los Tribunales Ambientales, el Tribunal no determinó por sí mismo cuál era el contenido correcto para el decreto que reemplazase al anulado, pero en la fundamentación de su fallo estableció con claridad bien manifiesta que en esta determinación la Administración requería cumplir un estándar especialmente exigente si buscaba fijar un nivel de exigencia menor que el que ya se encontraba vigente. Como era esperable, el nuevo decreto cambió fundamentalmente la decisión; elevó el estándar de respecto del MP10, y volvió a establecer el umbral anual que originalmente derogó. Los casos de reclamación contra actos administrativos difieren del daño ambiental, por cuanto suponen la existencia de un instrumento creado por la Administración, respecto al que el tribunal se limita a controlar la legalidad. Sin embargo, el punto puede ser todavía más fuerte en el caso del daño ambiental. Allí, los tribunales pueden ser directamente enfrentados a una situación dañina que no se encuentra regulada en otro instrumento, de manera tal que serán directamente ellos quienes, ponderando los diversos bienes en juego, deberán determinar la mejor forma de proteger el interés difuso que existe en la protección de la naturaleza.

²⁴² Sobre la necesidad de que los procedimientos judiciales terminen de forma definitiva, centrado en la tradición del derecho continental, Couture, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, pp. 314, sobre el rol de las sentencias en la solución de conflictos, y pp. 415 y siguientes, sobre los fundamentos sociales y políticos de la cosa juzgada. Un contrapunto entre la cosa juzgada y la mutabilidad de las decisiones administrativas, centrada en la tradición del *common law*, en Harvard Law Review. Notas de la editorial. Developments in the Law: Res Judicata. (1952). Harvard Law Review, 65(5), p. 866.

ser la conjugación adecuada de la estabilidad, por un lado, y el interés público envuelto en la regulación, por el otro.²⁴³

La Administración, sin embargo, reúne una enorme variedad de actividades. En algunos casos, actúa de un modo muy similar a los tribunales, concediendo beneficios o imponiendo multas a individuos determinados (como típicamente ocurre con los procedimientos administrativos de sanción). En otros, actúa casi como legislador, ponderando intereses y definiendo pautas generales de política pública. Dependiendo de cuál sea el caso, el equilibrio entre los dos intereses identificados en el párrafo anterior también varía. Mientras en los actos de efecto particular el interés individual es muy fuerte, el interés público es más bien remoto. A la inversa, en la definición de políticas públicas el interés individual puede no ser intenso, pero el interés público sí estará fuertemente comprometido, inclinando la balanza hacia una mayor mutabilidad de la decisión.

Lo mismo puede ocurrir con los tribunales. Aunque la idea de poner término definitivo a una contienda es consustancial al ejercicio de la jurisdicción, la forma particular que asuma la cosa juzgada es una cuestión que puede variar dependiendo del caso. La idea es reflejada con mucha claridad por Eduardo Couture, que dice:

El concepto de cosa juzgada existente en nuestros países no ha dominado en toda la historia del derecho; ni en la actualidad rige en forma igual en todos los países; y ni siquiera puede afirmarse que exista un concepto único que rijan en todas las ramas del derecho procesal²⁴⁴

En otras palabras, la cosa juzgada, como otras instituciones del derecho, es una cuestión de razón práctica, más que de lógica abstracta, y que por ende no debe ser mecánicamente aplicada de la misma forma en todos los tipos de casos que los tribunales están llamados a resolver.²⁴⁵

Este dato no es ajeno a nuestro derecho. En verdad, en Chile existen varios tipos de cosa juzgada, e incluso respecto de sentencias que ponen fin a una controversia (es decir, aquellas

²⁴³ Harvard Law Review, 1952, p. 866.

²⁴⁴ Couture, 1958, p. 406.

²⁴⁵ Couture, 1958, p. 407, en que dice expresamente: "La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica".

que no tienen un fin urgente de cautela), se acepta que cierto tipo de circunstancias sobrevinientes puedan llevar a una revisión de lo decidido.²⁴⁶

La pregunta que se plantea es por la forma específica que asume la cosa juzgada en materia de daño ambiental, y si esta puede ser de utilidad para superar las dificultades a las que se hizo referencia al terminar el capítulo II.

La respuesta no parece ser del todo clara. A diferencia de lo que ocurre con los casos en que se reclama la ilegalidad de un acto administrativo, la ley no contiene una regla especial que regule la forma o la eficacia temporal de las sentencias que se dictan conociendo de la acción de reparación ambiental. Por el contrario, la ley se limita a señalar que las sentencias deben cumplir con los requisitos generales que establece el Código de Procedimiento Civil, agregando una enunciación de los fundamentos ambientales que la fundan, y, respecto a la ejecución, estableciendo que el tribunal tiene la facultad de impartir órdenes directas a la fuerza pública (artículos 25 y 45 de la Ley N° 20.600, respectivamente).

En estas circunstancias, el contenido de la sentencia y su ejecución hay que extraerlos de la naturaleza y fundamentos que justifican la existencia de la acción. Dos artículos de la LBGMA son especialmente relevantes. En primer lugar, el artículo 53, que concede la acción, aclara que el objeto de ésta será obtener la reparación ambiental. En segundo lugar, el artículo 2 letra s), define esta reparación como la acción de reponer la naturaleza a un estado al menos similar que existía antes del daño y, si esto no es posible, a restablecer sus propiedades básicas.²⁴⁷

Aunque aclaran el objetivo específicamente ambiental de la acción, estos artículos no resuelven la forma que deba asumir la cosa juzgada en este tipo de juicios. Al menos, no directamente. Sin embargo, el carácter ambiental de la acción tiene relevancia en este punto. En primer lugar, este carácter específicamente ambiental permite que en él se apliquen en buena medida los

²⁴⁶ Se trata de la figura de la cosa juzgada "provisional", que típicamente se acepta en ámbitos como la determinación de la paternidad, el derecho de alimentos, o la reserva de acciones ejecutivas (Couture, 1958, pp. 416 y siguientes).

²⁴⁷ Con un enfoque realista, la LBGMA asume que la reparación difícilmente llegue a un estado de cosas que sea exactamente el mismo. Asimismo, se pone en el caso de que aun esto sea imposible, ordenando restaurar las propiedades básicas del medio dañado. Para los casos en que el daño es totalmente irreversible, se ha propuesto que en vez de otorgarse una indemnización en dinero, los tribunales debiesen ordenar algún acto de compensación específicamente ambiental, que produzca un beneficio ambiental equivalente al mal causado (Femenías, 2017 b, pp. 283 y siguientes; Bermúdez, 2014, pp. 412 y siguientes). Así, además, se ha fallado (Segundo Tribunal Ambiental, 29 de marzo de 2018, rol D 25-2016, considerando 74 y siguientes).

principios generales del derecho del medio ambiente y, entre ellos, los principios preventivo y precautorio.

Como se vio más arriba, estos principios son dispositivos especialmente diseñados para lidiar con el elemento de riesgo que subyace a gran parte de la regulación ambiental. En la medida que estos requieren prevenir riesgos por la vía de anticipar acciones, la adopción de estas acciones siempre queda abierta a la posibilidad de ser modificada si, dadas las circunstancias, las asunciones de riesgo que las fundamentaron resultan no ser efectivas. De ahí que una de las pocas precisiones que establece la ley para la forma de la sentencia sea que esta debe enunciar los fundamentos ambientales en que se sustenta.

En segundo lugar, que la acción ambiental no esté derechamente vinculada con actos normativos de la Administración no quiere decir que, al conocer de ella, los tribunales ambientales no cuenten con las herramientas especiales a las que se hizo referencia más arriba. Al contrario, la acción está expresamente destinada a la protección de un bien jurídico de carácter difuso, que mira al bienestar de todas las personas de la comunidad en general, y de ninguna en particular. Los Tribunales Ambientales ya participan de una parte de la definición de políticas públicas cuando, indicando en forma concreta los límites de legalidad que debe respetar, guían a la administración en la persecución del interés general.²⁴⁸ No es desatinado pensar que frente al daño ambiental, en que no hay un acto administrativo que pueda rehacerse de acuerdo a las indicaciones del tribunal, las decisiones que éste adopte deban participar, al menos en parte, de la adaptabilidad que es propia de la política pública.

Por eso, en la mayoría de los casos en que los tribunales ambientales han decidido acoger una demanda de reparación ambiental, estos han ordenado la presentación de un plan de reparación a cargo del demandado que, en mayor o menor medida, debe ser sujeto a la supervisión de organismos públicos.²⁴⁹ La medida es muy similar a la que contempla la Ley Orgánica de la Superintendencia como vía alternativa para poner fin a un procedimiento administrativo (artículo 43); de hecho ambos planes tienen precisamente la finalidad de terminar el daño, y por eso es que el cumplimiento de un plan presentado en la vía

²⁴⁸ Valdivia, 2015, pp. 268 y 273.

²⁴⁹ Peña, D. (2017). ¿Existe una Real Protección del Medio Ambiente? Análisis de las Sentencias que Ordenaron Reparar Daño Ambiental y su Posterior Cumplimiento. Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magister en Derecho Ambiental. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 41y siguientes.

administrativa tiene como efecto la extinción de la responsabilidad ambiental (LBGMA, artículo 53). Así, lo relevante del punto es que en el caso del plan de reparación presentado ante la Superintendencia, la ley contempla expresamente la participación del Servicio de Evaluación Ambiental como ente revisor de la factibilidad técnica del plan, y aunque no se dice expresamente, es razonable entender que en esta evaluación, de forma similar a lo que ocurre en otras materias, el Servicio tiene la posibilidad de establecer ciertas condiciones bajo las cuales se entrega la aprobación y que, en caso de cambiar, conducirían a la caducidad de lo decidido.

De esta forma, la más usual condena en sede de responsabilidad ambiental abre la puerta, bajo el concepto de supervisión del órgano encargado, para que las medidas concretas que deban adoptarse en la reparación del medio puedan ser adaptadas a las circunstancias que se vayan sucediendo en el tiempo. La orden de reparar el daño ambiental podrá mantenerse igual, pero su contenido no necesariamente.²⁵⁰

D. IDEAS FINALES: LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL COMO VÍA MÁS ADECUADA PARA LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA EXTRA CONTRACTUAL.

Después de revisar algunas de las principales objeciones opuestas a la idea de una litigación del calentamiento global basada en las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, el capítulo anterior concluyó que el diseño de políticas públicas que incidan directamente en la reducción de emisiones con efecto invernadero, junto con otras que fomenten tecnologías menos contaminantes, es una vía mucho mejor que la litigación, y especialmente que la litigación civil, para hacer frente al calentamiento del planeta. En verdad, la protección ambiental en general, y el calentamiento global en particular, son asuntos que ineludiblemente caen en el ámbito del derecho público.

Con todo, responder a la pregunta por el rol del derecho público en la solución de estos problemas no es igual a responder la pregunta por la forma en que este deba emprender la tarea. A lo largo de este capítulo se argumentó que el régimen de responsabilidad por daños a la naturaleza constituye una forma especial de regulación pública, que persigue la realización

²⁵⁰ No puede cerrarse esta sección sin hacer referencia a la aparente desregulación del cumplimiento que sigue a un juicio de responsabilidad ambiental. Para un análisis del punto, y de los largos tiempos que, aun después de la creación de los tribunales ambientales, puede tomar la reparación concreta del daño, Peña, 2017, pp. 51 y siguientes y 63 y siguientes.

de un fin público y que pertenece naturalmente al derecho público, pero que, a la hora de definir la forma en que perseguiría la realización de sus fines, acudió a las instituciones y forma de funcionamiento del derecho privado.²⁵¹

A partir de allí, se intentó mostrar cómo esta especial naturaleza de la acción permite enfrentar algunas de las principales dificultades que se han ido oponiendo a la litigación climática en la medida que ésta paulatinamente se ha transformado en realidad. Por cierto que aún subsisten muchas dificultades. La actuación *ex post* de los sistemas basados en la responsabilidad civil es ineficiente en la prevención de daños;²⁵² el objeto de pedir del juicio no puede consistir solo en la creación de un estándar regulatorio, independiente de la existencia de un daño actual, o al menos probable; la aplicación del principio precautorio es conflictiva desde muchos frentes, y puede llevar a una paralización de actividades socialmente beneficiosas;²⁵³ y, finalmente, la aceptación social de muchos de los riesgos asociados al calentamiento global hacen que, aunque se superasen todas las dificultades anteriores, aun subsistan buenas razones para argumentar que, por mal que nos pueda parecer, la sociedad es tolerante respecto de conductas que inciden negativamente en el clima del planeta, de manera que no es justo concluir que quien incurre en estas conductas se desvíe del estándar socialmente aceptado, o produzca riesgos que la sociedad no está dispuesta a tolerar y que, por eso, deban contar como daño en un sistema de responsabilidad extracontractual.²⁵⁴

Desde otra perspectiva, aunque la aplicación de las instituciones y principios del derecho ambiental contribuye a superar las dificultades que se han revisado, tampoco parece razonable asumir que la importación de instituciones y mecanismos del derecho privado pueda hacerse de manera que estas queden absolutamente abiertas a los principios del derecho del medio ambiente.²⁵⁵ Aunque estos principios puedan informar el uso de este tipo de figuras, la

²⁵¹ Femenías, 2017 b, *passim*, pero especialmente en pp. 77 y siguientes.

²⁵² Banfi, 2015, pp. 44 y 48 y siguientes; Schroeder, 2002, pp. 589 y siguientes.

²⁵³ Banfi, 2019 a, pp. 12 y siguientes.

²⁵⁴ Como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, el daño es un concepto normativo que refleja concepciones socialmente compartidas en torno a lo admisible y lo inadmisible en el contexto de la vida social. Como tal, que un determinado impacto pueda contar como daño en el sentido técnico del término depende, muy especialmente, de esta clase de acuerdos, que en el caso del calentamiento global, por desgracia, no parecen para nada claros. Sobre la normatividad del concepto de daño, Schopf, 2015, pp. 938-939, y Lin, 2006, 984-985. Sobre lo difícil que es entender que existen acuerdos normativos respecto a las conductas y riesgos asociados al calentamiento global, con énfasis en el análisis de la culpa, Kysar, 2011, pp. 10 y siguientes.

²⁵⁵ Una tesis en este sentido parece sostener Femenías, 2017 b, entre las páginas 199 y 201. Sostiene que la interpretación e integración del régimen de responsabilidad ambiental debe hacerse en primer término con las normas y principios del derecho del medio ambiente y, solo secundariamente, cuando resulte beneficioso a estos

utilización de instituciones privadas en la persecución de un fin de derecho público supone conservar ciertos aspectos fundamentales para que éstas mantengan las ventajas que motivaron su 'importación' en primer lugar. El punto es bien resumido por Ruda, quien lo expone en los siguientes términos.

[C]on demasiada frecuencia, se presenta a la responsabilidad medioambiental como gobernada por principios propios, de consecuencias insospechadas; parece presuponerse que la bondad de la causa medioambiental justifica todo tipo de originalidades, por peligrosas que sean, y parece que se olvide que un sistema –como el del ordenamiento jurídico– no puede mantenerse con caprichosas excepciones. Parece que el enfoque singularista, que pone el acento en la especialidad o excepción del Derecho medioambiental –frente al universalista, que tiene en mente siempre lo general del Derecho de la responsabilidad civil– conduzca a que se acabe pensando que lo general ya no juega papel alguno.²⁵⁶

El debate, para todos los efectos, está abierto. El objeto de este trabajo es solo adelantar algunas de las cuestiones que pudiesen presentarse cuando, por primera vez en Chile, una persona decida acudir a la responsabilidad extracontractual para demandar a otra por sus contribuciones al calentamiento del planeta.

En este contexto, el punto del capítulo es mostrar que actualmente existe una sede jurisdiccional que, en principio, cuenta con herramientas para enfrentar el tipo de demandas que, en el contexto general de la llamada 'litigación climática', han acudido a las reglas de la responsabilidad extracontractual para fundar sus pretensiones.²⁵⁷ Si la afirmación parece

fines, se debe hacer uso de las normas y principios del derecho civil. La idea parece estar principalmente referida a soluciones de escala más bien macro, como la que se da para los casos en que la reparación en naturaleza se ha vuelto imposible (pp. 283 y siguientes). Con todo, esta forma de razonamiento no me parece correcta si se reduce la escala, y se analiza en detalle la forma en que actúan las figuras del daño, la culpa o la causalidad en cada caso. En este nivel no creo que exista un orden de prioridad del estilo 'primero estas, luego esas'. En vez, la pregunta parece ser por qué se importaron los elementos de la responsabilidad civil, cómo adaptarlos para el fin público al que están siendo aplicados, cuáles son las ventajas que ellas ofrecen, y hasta qué punto se pueden y deben adaptar y hasta qué punto no, sino que se deben mantener en su forma original.

²⁵⁶ Rudá, 2005, pp. 4-5.

²⁵⁷ Este tipo de casos está representado por aquellas demandas presentadas al interior de las jurisdicciones nacionales, y que buscan responsabilizar a ciertos emisores específicos por sus aportes negativos en el fenómeno, basados en mayor o menor medida en las reglas de la responsabilidad civil. Dependiendo del caso, este tipo de demandas también puede ser presentadas en contra de los Estados por las emisiones que estos realizan o permiten o, incluso, en los casos más límite, por déficit regulatorio. Para una clasificación de los distintos casos que se han

aventurada, el punto de vista inverso también es cierto: en caso que un juicio así fuese a tener lugar en Chile, la complejidad del problema hace recomendable que este se siga en sede de daño ambiental, más que en el contexto sumario de la acción de protección, las acciones posesorias o el juicio común de responsabilidad.

Así planteada, la conclusión no avanza mucho en el terreno en la decisión de qué es lo que, en su momento, el tribunal ambiental deberá considerar para resolver, y en ese sentido, podría parecer inútil. Sin embargo, este análisis tiene un objeto diferente. Plantear las cosas de la manera en que se ha hecho permite reformular la pregunta por el rol de la responsabilidad civil y, más generalmente, del derecho privado, en el enfrentamiento del calentamiento global.

Así, la pregunta por este rol no es por el papel que la responsabilidad civil, considerada en sí misma, tenga que jugar. Más bien es claro que ese rol es mínimo. La pregunta es si acaso las instituciones y figuras que ésta ha desarrollado, a través de miles de años de experiencia, pueden o no ser útiles para idear nuevos métodos de regulación que, combinando el derecho público con el derecho privado, puedan jugar un rol más relevante en el enfrentamiento del problema.

En este sentido, el rol público del derecho privado no solo trata de la función pública que éste pueda jugar como ordenamiento autónomo. Se trata también de los modelos que pueda aportar cuando el derecho público deba enfrentar desafíos que antes le eran desconocidos. Así, la pregunta específica que supone la litigación climática es si acaso es una buena idea o no que, al enfrentar los riesgos del calentamiento global, el derecho público recoja instituciones que son propias del derecho privado.

Por eso, este trabajo concluye con un breve análisis respecto a las ventajas de ver en el derecho privado una fuente de inspiración para algunas regulaciones de derecho público, como la acción de reparación ambiental.

presentado en el derecho comparado, Okubo, 2013, pp. 741-758. Un muy completo recuento de los juicios vinculados al calentamiento global, distinguiendo según país y tipo de juicio, en los datos del Sabin Center for Climate Change Law de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, disponibles en Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP. (2019). Climate Change Litigation Databases. [en línea] <<http://climatecasechart.com/>>.

En el capítulo I se intentó mostrar cómo, independientemente de la versión que se tenga de la estructura y funciones de responsabilidad extracontractual, ésta es estructurada en torno a la idea del daño. Específicamente, se trata de un sistema que desde su inicio ha tenido en el centro la figura de una persona agraviada que, de propia iniciativa, reclama la satisfacción de un agravio sufrido.

En el capítulo II, esta forma de funcionar, que parece ser común a los distintos recuentos del sistema de responsabilidad civil, se enfrentó al problema del calentamiento global, que por la amplitud de sus causas y consecuencias, representa una especie de paradigma del tipo de asuntos que no puede ser resuelto a través de la litigación civil. Así, luego de hacerse cargo de las principales críticas que se han opuesto a la posibilidad de tratar el calentamiento global mediante la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil, se concluyó que la protección de la naturaleza en general, y el enfrentamiento del calentamiento global en particular, son problemas que típicamente caen en el ámbito de la regulación pública.

Sobre esta base, el capítulo III buscó mostrar que, aunque lo anterior es cierto, una conclusión semejante no puede llevar a concluir que el derecho privado no tiene rol alguno que jugar en el enfrentamiento del calentamiento global. Al contrario, se argumentó que el sistema chileno de responsabilidad ambiental es un tipo especial de regulación, que ‘importa’ figuras desde el derecho privado, y las aplica a la realización de un fin público: la cautela del interés difuso que representa la protección del entorno. Desde ahí se intentó exponer la forma en que la especial naturaleza de la acción ambiental le permite superar varias de las críticas que, en el capítulo II, fueron revisadas como objeciones a la posibilidad de una litigación climática basada en la responsabilidad extracontractual. Con esa base, se concluyó que la acción de reparación ambiental es la vía más adecuada para encausar esta clase de juicios en Chile.

Para dar paso a las conclusiones del trabajo, es necesario volver sobre un punto que ha sido central en los tres capítulos que acaban de resumirse: el concepto de daño, y el distinto papel que este juega en la responsabilidad civil, por un lado, y en la responsabilidad ambiental, por el otro.

²⁵⁸ El título de esta sección está tomado del título de Kysar, 2018, que se consideró particularmente expresivo como resumen de las ideas expuestas.

La principal diferencia, a estos efectos, es el carácter autónomo del medio ambiente como objeto de protección jurídica de la responsabilidad ambiental. Con ello no se quiere negar que el interés de proteger el medio ambiente sea, como todos los intereses que el derecho cautela, un interés humano. De lo que se trata es de negar que el daño puramente ambiental, que es objeto de este sistema de responsabilidad, sea asimilable al daño que hace las veces de fuente y medida en el sistema común de responsabilidad civil.

Allí, el daño solo puede ser inferido sobre aquellos bienes en que la persona, individualmente considerada, puede reclamar alguna clase de titularidad. Por eso el mecanismo jurídico de protección de estos intereses pasa por asumir que serán las propias personas quienes actuarán en defensa de lo que les es propio. El ordenamiento jurídico, por su parte, puede contentarse con proveer la asistencia necesaria para que, persiguiendo su interés, los individuos procuren la reparación del daño que se les ha inferido y, con ello, afirmen la vigencia del Estado de Derecho en lo que al daño sufrido se refiere.

Nada de esto ocurre en el régimen de responsabilidad ambiental. En este se utiliza el mismo mecanismo descentralizado, pero para proteger un bien muy diferente, que no afecta a nadie en particular, sino que está dado por el valor que la humanidad reconoce al entorno que habita.

En lo que sigue, este trabajo explora algunas de las razones que podrían justificar el uso de este modelo de control allí donde no existe una afección personal que pueda, invariablemente, actuar como motor para la acción individual. Con ese fin, el capítulo se divide en dos partes. Primero se revisan las razones que hacen conveniente la búsqueda de nuevos modelos de regulación, y luego se revisan algunas de las ventajas que supone la creación de un tipo de regulación que utilice figuras del derecho privado en la realización de objetivos públicos.

A. LA NECESIDAD DE CONTAR CON NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN

Argumentar por qué los tiempos actuales podrían requerir de nuevas formas de regulación es una cuestión que excede las posibilidades del trabajo. Afortunadamente, un aliado para mostrar el punto es la enorme transformación que ha vivido nuestra sociedad en los últimos cincuenta años. El riesgo del cambio climático es un ejemplo, pero hay otros: el mal uso de internet; la protección de la voluntad en las relaciones masivas de consumo; los avances de la ciencia médica; la recolección, uso y regulación de datos en la forma de 'big data'; la globalización, interdependencia e inestabilidad de los mercados financieros; los desarrollos de

la industria farmacéutica; y, sobre todas las cosas, el enorme, acelerado y revolucionario avance de la tecnología en casi todos los ámbitos de la vida, son todos ejemplos de cómo la segunda mitad del siglo XX, y lo que va del siglo XXI, han estado marcados por riesgos y desafíos que antes nos eran desconocidos.²⁵⁹

En este contexto, el riesgo ha pasado a ser en sí mismo un objeto de regulación. No solo por su reciente ubicuidad, sino también porque a diferencia de los riesgos que tradicionalmente ha debido enfrentar la humanidad, el tipo de riesgos que estos siglos han traído consigo no tiene su origen en fuentes externas a nuestra actividad, como puede ser el caso de un terremoto, un maremoto, o una fuerte erupción volcánica; sino que se originan precisamente en nosotros. Así, buena parte de las políticas públicas no solo buscan encontrar una manera óptima de repartir los beneficios que la sociedad genera, sino que, en una medida cada vez mayor, tratan de repartir, contener y crear adaptación para enfrentar los diferentes riesgos que ella también genera.²⁶⁰

Por cierto, esta regulación del riesgo puede hacer, y hace, uso de las estrategias tradicionales con que disponen los planificadores de política pública, como los sistemas de ‘comando y control’, los regímenes de incentivos, o el aprovechamiento de herramientas de mercado.²⁶¹ Con todo, en la medida que los problemas se complejizan, la tradicional dicotomía entre reguladores y regulados parece hacerse cada vez más inapropiada para enfrentar asuntos que no necesariamente calzan cómodamente con este modelo. En otras palabras:

“[N]uestros asuntos nacionales son demasiado complejos, diversos y volátiles como para ser gobernados por expresiones lapidarias de la voluntad pública –

²⁵⁹ Una referencia a los avances tecnológicos más relevantes para el derecho, en el contexto de un análisis técnico de los desafíos que suponen para ciertos elementos tradicionales del juicio de responsabilidad civil, y específicamente respecto al rol de la previsibilidad, en Owen, D. (2010). *Bending Nature, Bending Law*. *Florida Law Review*, 62(3): pp. 573 y siguientes.

²⁶⁰ Sobre el concepto de riesgo, y los desafíos de su regulación autónoma, una referencia basada en las dificultades que esto supone para el derecho privado en Banfi, 2019 a, pp. 1-4. Sobre los orígenes de la regulación del riesgo, y los desafíos que esta supone para la teoría de la regulación, Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 83 y siguientes.

²⁶¹ Así, de hecho, se puede ver en los instrumentos de gestión ambiental contemplados en la LBGMA, que combinan normas imperativas (como las normas de emisión o los planes de descontaminación), con mecanismos de mercado, como los permisos de emisión transables y los impuestos *pigouvianos* a ciertos contaminantes (LBGMA, Título II; véase especialmente el artículo 47). Para un análisis general de las principales estrategias de regulación, con sus principales ventajas y desventajas, Baldwin *et al.*, 2012, pp. 105 y siguientes; para un análisis de las estrategias de regulación en el derecho ambiental chileno, Bermúdez, 2014, pp. 189 y siguientes.

leyes del Congreso, normas administrativas, sentencias judiciales– que indiquen con precisión cómo resolver la mayoría de los casos en los que estos sean finalmente enfrentados”.²⁶²

Como respuesta a la crítica, se ha planteado cada vez más la necesidad de contar con nuevos sistemas de regulación, que superen la dicotomía descrita, y configuren el proceso regulatorio como una continua experimentación, monitoreo, y ajuste, basado en la interrelación y coparticipación de los distintos actores implicados.²⁶³

Lo anterior puede ser una buena idea o no. Lo relevante a efecto de este trabajo es que, en el contexto de estos planteamientos, un grupo importante de las alternativas propuestas pasan por instaurar modelos ‘policéntricos de administración’ y, dentro de estos modelos, una especie importante es lo que se ha llamado ‘regulación por litigación’. En ella, por la vía de permitir a grupos relativamente abiertos que acudan a los tribunales a pedir la protección de intereses comunes, se contempla la posibilidad de instaurar mecanismos de persecución de objetivos públicos que se asemejan al modelo descentralizado de control que se revisó como algo tan propio del derecho privado en el capítulo I.²⁶⁴

Esto es especialmente cierto respecto de regímenes como el que regula la responsabilidad por daños ambientales en Chile, según se vio en el capítulo III. Por eso, en la última parte de este trabajo, se intentará mostrar algunas de las ventajas que un modelo semejante, basado en la

²⁶² “[O]ur national affairs are too complex, diverse, and volatile to be governed by lapidary expressions of the public will – laws of Congress, administrative rules, judicial judgments – that indicate precisely how to dispose of most of the cases to which they will eventually be applied.” Dorf, M., y Sabel, Ch. (1998). *A Constitution of Democratic Experimentalism*. *Columbia Law Review*, 98(2): p. 270, describiendo ésta como una de las razones que explicarían la ‘perplejidad’ del constitucionalismo contemporáneo.

²⁶³ Como indican Baldwin *et al.*, 2015, entre las páginas 84 y 85, el debate sobre la regulación de nuevos tipos de riesgos no es difícil de encontrar. Para una referencia general a las críticas recibidas por los modelos tradicionales, y de las nuevas propuestas, con bibliografía de referencia, Gunningham, N., y Sinclair, D. (2017). *Smart Regulation*. En: Drahos, P. (Ed.). *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. Canberra: Australia National University Press, pp. 133-148; Kysar, 2011, pp. 5-6; y, con una referencia al fenómeno en el contexto de un análisis de derecho comparado sobre la tradición jurídica continental, Merryman y Pérez-Perdomo, 2014, pp. 260-261. Para algunos ejemplos de esta misma crítica, pero en el contexto de propuestas que enfrentan directamente el calentamiento global, véase la nota siguiente.

²⁶⁴ Así, Ewing y Kysar, 2011 *passim*, que fue respondido con una refutación en el foro especializado de la revista que lo publicó por Epstein, R. (2011). *Beware of Prods and Pleas: A Defense of the Conventional Views on Tort and Administrative Law in the Context of Global Warming*, 121 *Yale L.J.* Online 317. Disponible [en línea] <<http://yalelawjournal.org/forum/beware-of-prods-and-pleas-a-defense-of-the-conventional-views-on-tort-and-administrative-law-in-the-context-of-global-warming>>; Heyvaert, V. (2011). *Governing Climate Change: Towards a New Paradigm for Risk Regulation*. *Modern Law Review*, 74(6): pp. 817-844; De Jong *et al.*, 2018, pp. 8 y siguientes.; y Kysar, 2018. Desde la perspectiva del derecho público, una valoración del rol ciudadano en las definiciones del procedimiento contencioso administrativo ambiental en Costa, 2015, pp. 161 y siguientes.

lógica y desarrollo que han sido propios del derecho privado por siglos, podría tener en el contexto de la regulación.

B. VENTAJAS DE UN MODELO PÚBLICO BASADO EN FIGURAS DE DERECHO PRIVADO.

1. Generación de información en torno al daños y formas de prevenirlo.

Gran parte del derecho y regulaciones ambientales que conocemos hoy surgió a partir de las deficiencias percibidas en las pocas reglas de protección ambiental que existen en el derecho privado. La serie de acciones negatorias, interdictos posesorios y acciones populares que llegaron al Código Civil desde el derecho romano no fueron suficientes, pasado el siglo XX, para hacer frente a los nuevos peligros que los tiempos supusieron para la preservación del medio ambiente.²⁶⁵

En este contexto, la regulación pública cuenta con mejores formas de planificar y prevenir riesgos ambientales antes de que se materialicen en un daño concreto. Con todo, las distintas agencias de protección y evaluación ambiental no siempre van a contar con toda la información necesaria. Es cierto que en la mayoría de los casos estas agencias tienen la capacidad de requerir información de los regulados, y cuentan con expertos y fiscalizadores que les proveen del conocimiento técnico para adoptar decisiones fundadas.

Sin embargo, en muchos otros casos puede ocurrir que las agencias administrativas, usualmente centralizadas en la toma de decisiones, y alejadas del lugar en que ocurre el daño, cuenten con menos información que las personas que viven en esos lugares, o que, en los términos del artículo 54 de la LBGMA, hayan sufrido el daño de que se trata. En otras palabras, la naturaleza local de la estructura que es propia de un juicio de responsabilidad puede mostrarse esencial, no para reemplazar, pero sí para complementar el trabajo de la Administración en la identificación de riesgos ambientales que merecen acción pública.²⁶⁶

De hecho, gran parte de las regulaciones ambientales o de salud que en el derecho comparado buscan prevenir daños cuyas fuentes hoy conocemos, tuvieron su origen en la litigación que,

²⁶⁵ Una descripción de lo que podríamos llamar un modelo original de protección ambiental en el derecho civil, en Amunátegui 2014. Sobre la evolución del derecho ambiental a partir de las insuficiencias de la regulación civil original, Barros, 2006, pp. 791 y siguientes. En el derecho comparado, véanse Lin, 2006, pp. 903 y siguientes; Ruhl, 2008, pp. 753 y siguientes; y Kysar, 2018, *passim*.

²⁶⁶ Ruhl, 2008, pp. 777; y Banfi, 2015, p. 47.

en su momento, iniciaron quienes se sentían afectados por estas actividades.²⁶⁷ La razón es que –además del enfoque local de los juicios de responsabilidad– la actividad probatoria de las partes, los informes periciales e investigativos respecto del daño y las exhibiciones de documentación que se producen en un juicio pueden ser extremadamente valiosas para fijar estándares que luego den forma a una regulación más profunda.²⁶⁸

2. Legitimación del actuar administrativo

Vinculado a lo anterior, la litigación de materias ambientales, y la información que ella genera, puede tener el efecto de dinamizar la actividad regulatoria, señalando aquellas áreas en que la regulación es más necesaria, y desentramando los procesos regulatorios allí donde estos se encuentren frenados.²⁶⁹

El postulado de J.S. Mill sigue vigente. El daño es un elemento legitimador del ejercicio del poder público, y allí donde los tribunales sepan identificarlo, el legislador tendrá mayores posibilidades de solucionarlo con el enfoque generalista y preventivo que hace que, en general, la regulación sea una mejor opción para lidiar con estas materias.²⁷⁰ De ahí la frase de Barros, transcrita más arriba, en el sentido de que la responsabilidad es “una última muralla protectora, que obliga no solo a atender a los estándares fijados ex ante, sino también a establecer procedimientos de monitoreo y control que se manifiestan en una administración dispuesta a evitar los daños ambientales”.²⁷¹

Por otro lado, aunque la separación de funciones entre los distintos poderes del Estado requiera que los tribunales se abstengan de invadir las competencias del gobierno o el parlamento, eso no quiere decir que, dentro del ámbito que les es propio, las sentencias judiciales no puedan

²⁶⁷ Este fue el caso de la litigación ocurrida en los Estados Unidos respecto del tabaco, el plomo en las gasolinas, el asbesto, y la producción de aluminio, entre otros. Al respecto, véase Kysar 2011 *passim*, y Kysar 2018, pp. 58 y siguientes.

²⁶⁸ Particularmente simbólico respecto al argumento que aquí se presenta es el caso de la litigación del tabaco en Estados Unidos, en que buena parte de la información necesaria para fijar estándares de regulación provino de los abundantes documentos que, en un juicio de *Discovery*, las compañías tabacaleras entregaron con el fin de desorientar a sus contrapartes. Kysar, 2018, pp. 54-55.

²⁶⁹ Ruhl, 2008, pp. 781 y siguientes.

²⁷⁰ Lin, 2006, *passim*.

²⁷¹ Barros, 2006, p. 803.

tener el efecto de incentivar la participación del resto de los poderes en aquellas áreas en que estos no han logrado impedir la existencia de un daño.²⁷²

3. Provisión de un sistema de fiscalización y control descentralizado en ámbitos de difícil fiscalización y cumplimiento

Otra de las ventajas asociadas a un sistema de regulación ambiental que mire a la estructura del derecho civil es la forma particular que este ordenamiento tiene para asegurar el cumplimiento de sus reglas. En efecto, el sistema de derecho privado está estructurado de manera tal que las personas no solo son sus receptoras, sino que también son los fiscalizadores de su cumplimiento. Para que estas reglas sean obedecidas, los contratos se cumplan, y los vecinos no se causen daño entre sí, el Estado no requiere otro fiscalizador que el acreedor insatisfecho o el vecino molesto, que en defensa de su derecho 'subjetivo' encarnarán las pretensiones del derecho 'objetivo'.²⁷³ Por eso, a través del juicio ejecutivo, el Estado se limita a poner su fuerza compulsiva en favor de las partes de una contienda para que éstas, cumplidos los trámites previos, reafirmen por sí mismas la vigencia del derecho.

Este rasgo puede ser especialmente atractivo para el ordenamiento ambiental. De hecho no solo en éste, sino en varios de los regímenes administrativos destinados a proteger bienes comunes, uno de los problemas principales no es la falta de políticas públicas teóricamente apropiadas, sino que la falta de fiscalización en torno al cumplimiento de esa política.

Tómese por ejemplo el caso del vertido de plásticos en el mar. Chile puede aprobar una exigente regulación respecto a las medidas necesarias para evitar la contaminación del mar por micro plásticos. Sin embargo, los esfuerzos necesarios para aprobar esa regulación, por grandes que sean, pueden verse opacados por los esfuerzos necesarios para implementar un mecanismo de fiscalización que efectivamente impida que los plásticos lleguen al mar. Lo mismo ocurre con la pesca, la tala de bosques protegidos, etc.²⁷⁴

²⁷² En el derecho de los Estados Unidos, este eventual sistema de presiones y peticiones entre los distintos poderes del Estado ha sido polémicamente contrastado con el sistema de pesos y contra pesos (*checks and balances*) que es clásico del diseño constitucional de ese país. Ewing y Kysar, 2011; en contra, Epstein, 2011.

²⁷³ Barros, 2006, pp. 47 y 625-626.

²⁷⁴ Sobre los desafíos de implementar sistemas de fiscalización que hagan efectiva la regulación estatal, Bergamini, K. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. *Eure* 41 (124): pp. 267-277.

Si de contratar a inspectores se tratara, parece imposible contar con el presupuesto necesario para captar a los suficientes, en particular respecto de actividades que suelen desarrollarse alejadas de las ciudades, en rincones remotos de cada país y que van cambiando con el tiempo. Además, aun si se lograra implementar semejante red de fiscalizadores, el presupuesto debiese subir todavía más, para disponer de medidas que impidan los riesgos de corrupción y captura de un inspector que, él solo, debe decidir sobre actividades que en muchas ocasiones son inmensamente lucrativas.²⁷⁵

En cambio, un modelo de control descentralizado, aunque no pretenda reemplazar a las agencias del gobierno, pueda apoyar parte de la protección ambiental en personas que por sí mismas decidan tomar acciones para poner fin a conductas que dañan la naturaleza. Siguiendo una tendencia de derecho comparado, el alcance de este tipo acciones puede ser amplio o reducido dependiendo de los incentivos disponibles para los demandantes, y la libertad con que se les permita presentar acciones independientes a las medidas emprendidas por las agencias administrativas.²⁷⁶

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con los gobiernos, parlamentos y agencias administrativas, los jueces se rigen por el principio de inexcusabilidad, de manera que aún sin llegar a una sentencia favorable, los distintos demandantes tienen la posibilidad de recibir una primera respuesta del poder público respecto del daño al que, en su concepto, están enfrentados.²⁷⁷

²⁷⁵ Como es, por ejemplo, el caso de la pesca del atún de aleta azul, una especie críticamente amenazada que ha sido protegida en Chile a través de la creación de áreas marinas protegidas en las zonas que frecuenta y que, sin embargo, puede llegar a tranzarse en el mercado a más de un millón de dólares por pez. Specia, M. (2019). Japan's 'King of Tuna' Pays Record \$3 Million for Bluefin at New Tokyo Fish Market. [en línea] The New York Times. 5 de junio de 2019. <<https://www.nytimes.com/2019/01/05/world/asia/record-tuna-price-japan.html>>.

²⁷⁶ En el derecho comparado, especialmente de los Estados Unidos, este tipo de litigantes han sido denominados *private attorneys general*, y, aunque la idea pasa por períodos de mayor y menor popularidad, el concepto ha pasado a ser muy relevante en algunas áreas específicas de la regulación. Sobre el concepto de *private attorney general* y la litigación privada que persigue fines públicos, Rubenstein, W. (2004). On What A 'Private Attorney General' is - And Why it Matters. *Vanderbilt Law Review* 57 (6). Un análisis jurisprudencial de los antecedentes de esta figura, y los argumentos a favor y en contra, en Morrison, T. (2005). *Private Attorneys General and The First Amendment*. *Michigan Law Review* 103 (4): *passim*, pero especialmente pp. 598-618. En el caso de la acción ambiental del derecho chileno, la ausencia de incentivos especiales en la ley hace probable que el alcance de este tipo de litigación sea significativamente más bajo que en el derecho comparado. Con todo, ya en las reglas actuales es posible reconocer cómo, aunque en un alcance limitado, el modelo básico de la responsabilidad civil es usado en la persecución de un objetivo que pertenece típicamente al ámbito público.

²⁷⁷ Kysar, 2018, p.54.

C. CONCLUSIONES

Entendidas de la forma que se ha intentado mostrar, estas ventajas pueden proveer de un mecanismo de regulación y fiscalización que permita afirmar la vigencia normativa de la protección ambiental a través de un sistema flexible a la concepción de persona y de daño que impere en un determinado tiempo y lugar.

Por cierto, aunque la acción ambiental replique la estructura de la responsabilidad civil para lidiar con problemas como el calentamiento global, esta figura nunca va a resolver, por sí misma, todas las dificultades que supone la regulación de esta clase de riesgos. Pero es que tampoco debiésemos esperar eso de ella en primer lugar. Con demasiada frecuencia se equiparan dos cuestiones que son diferentes. Una cosa es plantear que las intuiciones y figuras que han moldeado el derecho privado puedan ser de ayuda en la persecución de fines públicos. Otra, bien distinta, es concebir al derecho privado en sí mismo como una forma más de regulación y, desde ese rol, compararlo con los beneficios y ventajas que ofrece el derecho público: difícilmente pueda superar el primer 'round'.²⁷⁸

La solución parece ser la contraria. Es decir, entender que aun funcionando dentro de su propia lógica, la responsabilidad puede tener una función pública. En otras palabras, que aun entendida como un ordenamiento de derecho público, y aceptando que sea una vía apta para encausar cierta clase de 'litigios climáticos', la responsabilidad ambiental es, ante todo, un régimen de responsabilidad, y como tal, tiene la función nuclear de proveer un foro para la solución de conflictos entre un demandante y un demandado, redirigir agravios, y reparar errores²⁷⁹. Cualquier beneficio público que aporte debe venir desde allí, y como se intentó mostrar, no son beneficios despreciables.

De hecho, en buena medida el calentamiento global y el cambio climático suponen un problema ético, de responsabilidad en conductas que en un plazo cada vez más corto pueden tener un efecto catastrófico en la vida de millones de seres vivos.²⁸⁰ En circunstancias que la responsabilidad civil es una de las instituciones que depende en mayor medida de nociones morales básicas en torno a lo que podemos esperar los unos de los otros, el uso de sus elementos

²⁷⁸ Kysar, 2018, pp. 55 y siguientes, en que describe con algo más de detalle la identificación de la responsabilidad extracontractual con fines regulatorios como un 'error de categoría'.

²⁷⁹ Kysar, 2018, p. 58.

²⁸⁰ Sobre el carácter ético del conflicto que supone el cambio climático, Banfi, 2019 b, p.154.

en la regulación del cambio climático puede ser una forma efectiva y creativa de atender al carácter moral del problema.²⁸¹

Con todo, los beneficios revisados más arriba pueden parecer demasiado lejanos al problema específico de la 'litigación climática'. La naturaleza local del juicio de responsabilidad; la generación de información en el contexto de un litigio; y la existencia de un procedimiento descentralizado de control están bien para otra clase de daños ambientales, como la contaminación de un río, o la tala de un bosque, pero no pueden adaptarse para enfrentar al más global de todos los problemas ambientales. En este último caso, se podría pensar, no existe un grupo de agentes al que en verdad se pueda atribuir el daño, no hay un grupo claro de víctimas que puedan demandar, y, aunque los dos anteriores existieran, la relación de causalidad parece verdaderamente imposible de establecer.²⁸²

La crítica lleva razón. Efectivamente el cambio climático es el epítome de los conflictos ambientales contemporáneos, y de ahí que se diga que éste es el mayor de todos los problemas de acción colectiva.²⁸³ Sin embargo, esto por sí mismo no es un dato que cierre el debate.

Si nos enfrentamos al cambio climático como un solo gran problema, que depende exclusivamente de la incapacidad para reducir la dependencia energética de los combustibles fósiles, sin duda que este aparecerá como un problema imbatible, en que la regulación localista de un juicio de responsabilidad no tiene ningún aporte que hacer. Sin embargo, el cambio climático es más complejo que eso, y nuestra respuesta frente a él no solo pasa por la adopción de grandes acuerdos internacionales o el desarrollo de tecnologías milagrosas que nos permitan contrarrestar el problema.

En verdad, enfrentar el calentamiento global supone estrategias de mitigación y adaptación.²⁸⁴ Aunque la mitigación parece extremadamente alejada de las posibilidades de un juicio de responsabilidad, la adaptación no necesariamente lo es. Para evitar las desastrosas

²⁸¹ Sobre el contenido moral de las reglas de responsabilidad civil, en relación a otro tipo de reglas, Barros, 1983, pp. 10 y siguientes; sobre la posibilidad de que las reglas de responsabilidad civil puedan específicamente atender el aspecto ético-moral del cambio climático, Banfi, 2019 b, p. 158.

²⁸² Sobre las dificultades de la causalidad, Kysar, 2011, pp. 29 y siguientes; Ganguly *et al.*, 2018, p. 849; y Banfi, 2019 b, pp. 156-158.

²⁸³ Con referencias a otros autores, Douglas Kysar resume las enormes dificultades que plantea el tratamiento jurídico del cambio climático refiriéndose a él como "*the mother of all collective action problems*"; Kysar, 2011, pp. 4 y 44. Con referencia a la ética ambiental, el cambio climático es también el "epítome" o "expresión más conspicua del quebrantamiento -deliberado o al menos negligente- de los deberes ético-ambientales". Banfi, 2019 b, p. 154.

²⁸⁴ Emanuel, 2012, p.76; Banfi, 2019 b, pp. 155-156.

consecuencias que parecen avecinarse, es necesario no solo reducir las emisiones, sino que llevar a cabo una serie de esfuerzos en la mantención de sistemas que permitan contener el problema. En esta perspectiva, existen sistemas y ecosistemas naturales en cuya protección y mantención también hay envuelto un interés de adaptación al cambio climático. La tala no regulada de un bosque de mangle puede determinar un aumento importante en los daños del próximo huracán que azote una costa determinada; la contaminación o desvío no permitidos de un río puede determinar la sequía de un valle entero, afectando cultivos que podrían ser útiles en el contexto de una crisis alimentaria vinculada al calentamiento global; la operación de una mina que descarga más residuos que los permitidos puede determinar la desaparición de un glaciar valioso en la provisión de agua dulce en años de sequía; la tala o incendio de un bosque pueden determinar la pérdida de un sistema natural de captura de carbono, etc.

En todos estos casos existen operaciones concretas que debiesen dar lugar a una demanda de reparación del daño ambiental y en que, al momento de analizar el carácter significativo del daño, el tribunal debiese considerar no solo las consecuencias ambientales inmediatas del acto, sino también aquellas relacionadas al calentamiento global y el cambio climático, pudiendo ordenar medidas de reparación que permitan recuperar la capacidad de adaptación perdida. En otras palabras, el cambio climático no solo puede ser llevado a juicio en el polémico caso de una demanda dirigida en contra de actividades permitidas, como es el caso de la producción de automóviles, combustibles fósiles o energía termoeléctrica; este también puede ser el objeto de otros juicios, en que sí se vislumbra una mayor posibilidad de éxito y en que la acción ambiental parece especialmente adecuada para encausar el conflicto.

Incluso respecto de la mitigación de emisiones puede ocurrir que un juicio de daño ambiental sea relevante. En 2015 se descubrió que la compañía alemana Volkswagen instaló ilegalmente un programa para distorsionar el cálculo de emisiones asociados a sus vehículos, permitiendo que estos pasaran los estándares de control de emisiones fijados en Estados Unidos, específicamente en California. La compañía fue descubierta, y debió pagar multas y compensaciones al Departamento de Justicia y a los propietarios de automóviles afectados, respectivamente. En el futuro, un caso como este podría dar lugar a una demanda que, al margen de la responsabilidad penal, administrativa y civil, persiga la responsabilidad ambiental, pidiendo específicamente que se condene a la compañía a implementar un sistema de captura de carbono destinado a mitigar las emisiones ilegales producidas.

De hecho, en Chile ya existen sistemas de control de emisiones de dióxido de carbono que pueden hacer imaginable una situación como la descrita. Por ejemplo, buena parte de las compañías de generación eléctrica deben reportar a la Superintendencia del Medio Ambiente y al Ministerio la cantidad de dióxido de carbono emitido cada mes, a efectos de contribuir con el pago de un 'impuesto verde' establecido sobre la emisión de este gas.²⁸⁵ Asimismo, estas compañías tienen la obligación de producir al menos un 10% de su energía a través de fuentes de energía renovable no convencional, cuestión que es fiscalizada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.²⁸⁶ Si llegase a ocurrir que una de estas empresas no informase, o informase erradamente sus emisiones, es imaginable que, junto a las multas y sanciones administrativas, existiese una demanda específicamente destinada a obtener una medida de reparación por las emisiones injustamente producidas a causa del error.

En todas estas hipótesis, y en las que puedan aparecer en el futuro, no existirá propiamente un juicio de responsabilidad civil extracontractual. Existirá responsabilidad extracontractual, pero a propósito de un régimen especial que, formando parte del derecho público, echó mano a algunas de las instituciones y formas del derecho civil.

Aplicar instituciones de derecho privado a la protección de bienes difusos y públicos es un riesgo. En ellos no existe la misma predictibilidad que ofrecen los intereses patrimoniales típicamente regulados por el derecho privado. Originadas en lo más intuitivo de nuestra vida social, estas viejas formas de derecho no parecen adecuadas para un mundo en que muchos de nuestros problemas más graves no tienen nada que ver con los sencillos problemas de convivencia que originalmente pudimos regular.

A diferencia de matar, robar o incumplir una promesa, no hay nada inherentemente incorrecto en contaminar o dañar al medio ambiente. Manejar un auto, viajar en avión, operar una fábrica o cortar un alerce son todas actividades que, en distintos momentos, han sido valiosas para las

²⁸⁵ El impuesto al dióxido de carbono fue introducido en el artículo 8° de la ley N° 20.780. En él, junto con gravar la emisión de este gas, se dispone que "Los contribuyentes a que se refiere este artículo deberán presentar a la Superintendencia del Medioambiente, un reporte del monitoreo de emisiones, conforme a las instrucciones generales que determine el señalado organismo, el que además podrá definir los requerimientos mínimos de operación, control de calidad y aseguramiento de los sistemas de monitoreo o estimación de emisiones, la información adicional, los formatos y medios correspondientes para la entrega de información".

²⁸⁶ La exigencia referida fue introducida a través de la ley N° 20.257, que obligó a las empresas generadoras a informar el cumplimiento de su obligación al Coordinador Eléctrico Nacional y, a través de este, a la Superintendencia, que fiscaliza el cumplimiento (Ley General de Servicios Eléctricos, artículo 150 bis).

personas que las realizan, sin que se pudiese imaginar nada de malo en ellas. Determinar la injusticia de este tipo de actos es una operación que, en la mayoría de los casos, no puede fundarse en nociones morales espontáneas, ni forma parte de las condiciones básicas que posibilitan la vida en sociedad. Al contrario, son actos cuyo disvalor sólo se vuelve aparente en vista de objetivos sociales complejos, y pocas veces intuitivos. Por eso, la determinación de su injusticia solo puede ocurrir contra un contexto de regulación que ha definido, previamente, lo correcto y lo incorrecto.²⁸⁷

Puede ser, pero también hay algo de intuitivo en la protección de la naturaleza. En la época en que las personas regularon por primera vez el robo, el daño a otros, o la estafa, jamás se les hubiera ocurrido que al talar un bosque o matar un ciervo hacían algo de malo, porque en ello no existía ningún riesgo para la forma de vida que conocían. En un mundo que por primera vez en la historia parece demasiado pequeño para albergar a todos, puede ser bastante más que razonable que el Estado confíe en el 'verdor' de sus ciudadanos.

²⁸⁷ A propósito de un análisis del rol de la moral en el derecho moderno, y haciendo un contrapunto con los sistemas de derecho primitivo, esta diferencia ha sido analizada a propósito de la distinción de derecho penal entre hechos que constituyen *mala in se* y *mala prohibita*. Ésta, separa los injustos cuya ilicitud puede reconocerse con independencia del conocimiento efectivo de la regulación, de aquellos en que esto no es posible, Barros, E. (1983) Derecho y Moral. Consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos. Estudios Públicos 10: pp. 6 y siguientes, especialmente pp. 8-9. En el derecho comparado, véase Feinberg, 1987, p. 230, quien expresa todo lo anterior en los siguientes términos: "In the context of industrial polluting, "wrongful" must mean unlawful as judged by a regulative agency applying rules for allocating permits in accordance with specified requirements of fairness and efficiency. In these contexts, no prior standard of wrongfulness exists. There is nothing inherently wrongful or right-violating in the activity of driving an automobile, generating electricity, or refining copper. These activities can be meaningfully condemned only as violations of an authoritative scheme of allocative priorities".

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS CONSULTADOS

ABELIUK, R. (2009). Las Obligaciones. 5ta ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

AEDO, C. (2009). Los requisitos de la *Lex aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis* 15 (1): 311-337.

Alday, G. Jorge Núñez, investigador ULS-cazalac: “Demoler el tranque de relaves es casi imposible”. [en línea]. *Diario el Día*. 11 de marzo de 2015. <<http://www.diarioeldia.cl/region/jorge-nunez-investigador-uls-cazalac-demoler-tranque-relaves-es-casi-imposible>> [consulta: 15 de junio de 2019].

AMUNÁTEGUI, Carlos (2014). Derecho Civil y Medio Ambiente. Un estudio de la teoría de las inmisiones y su aplicabilidad en el derecho chileno. Santiago de Chile: Thomson Reuters

AMUNÁTEGUI, C. (2016). Teoría y fuentes del Derecho: Boni et Aequi. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. V.4,1132 a. Trad. Calvo, J.L (2001). Madrid: Alianza.

ATTIYAH, P. (1997). *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing.

BALDWIN, R., Cave, M., y Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 83 y siguientes.

BANFI, C. (2002). La responsabilidad como instrumento de protección ambiental. *Revista Chilena de Derecho Privado* 2: 19-70.

BANFI, C. (2012). Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes. *Revista Ius et Praxis* 18(2): 3-2.

BANFI, C. (2015). La responsabilidad como instrumento de protección ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 3: 1-54.

BANFI, C. (2017). De la Función Punitiva de la Responsabilidad Aquiliana en Francia: Algunas Implicancias para la Comprensión del Derecho de Daños Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 30 (1): 97-125.

BANFI, C. (2017). Relevancia del Dolo en la Responsabilidad Extracontractual Chilena: Una Relectura desde el Derecho Inglés. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 24 (2): 69-107.

BANFI, C. (2019 a). Riesgos en la Aplicación del Principio Precautorio en Responsabilidad Civil y Ambiental. Texto aprobado para su publicación en la *Revista Chilena de Derecho* (46) 3.

BANFI, C. (2019 b). Sobre la Responsabilidad Civil por Cambio Climático en Chile. *Acta Bioethica* 25 (2): 153-159.

BARROS, A. (2018). La Resolución de Calificación Ambiental como Fuente y Límite de la Culpa en la Responsabilidad por Daño Ambiental. En Schopf, A. y Marín, J.C. (Eds.). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 759-784.

BARROS, E. (1983) *Derecho y Moral. Consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos*. *Estudios Públicos* 10: 1-34.

BARROS, E. (1985). *Reglas y Principios en el Derecho. Anuario de filosofía jurídica y social*. Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Valparaíso (Chile). Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales: 269-281.

BARROS, E. (2001). *Lo Público y lo Privado en el Derecho*. *Estudios Públicos* 81: 5-37.

BARROS, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BELLO, A. (1855). "Codificación del derecho civil", en Ramírez, P. (1881). Obras completas de don Andrés Bello, Opúsculos jurídicos. Santiago: Pedro G. Ramírez, pp. 35-38.

BERGAMINI, K. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. *Eure* 41 (124): 267-277.

BERGKAMP, L. (2015). Adjudicating Scientific Disputes in Climate Science: the Limits of Judicial Competence and the Risks of Taking Sides. *Environmental Liability – Law, Policy and Practice* 23(3): 80-102. [en línea] <https://www.huntonak.com/images/content/3/0/v3/3058/Adjudicating_scientific_disputes_in_climate_science.pdf> [Consulta:13 de junio de 2019].

BERMÚDEZ, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

BOBBIO, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Trad. Fernández, J. (1989). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Trad. De Asis, R., y Greppi, A. Madrid: Debate.

CALABRESI, G. (2005). The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages. En Madden, M.S (Ed.). *Exploring Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 333-351.

CANE, P. (2001). Are Environmental Harms Special? *Journal of Environmental Law* 13(1): 3-20.

COLEMAN, J. (1992). Tort Law and the demands of corrective justice. *Indiana Law Journal* 67 (1): 349-379.

COLEMAN, J. (2001). Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method. En Postema, G. (Ed). *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 183-213.

COOTER, R., y ULEN, Th. (1997). Derecho y economía. Trad. Suárez, E. (1998). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

CORDERO, L. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters.

CORRAL, H. (2008). La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil por daño al Medio Ambiente. Cuadernos de Extensión Jurídica, 15: 205-221.

COSTA, E. (2014). Los tribunales administrativos especiales en Chile. Revista de Derecho 27 (1): 151-167.

COUTURE, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor

DE JONG, e., FAURE, M., GIESEN, I., y MASCINI, P. (2018). Judge-Made Risk Regulation and Tort Law: An introduction. European Journal of Risk Regulation, 9(1): 6-13. Disponible [en línea] <<https://doi.org/10.1017/err.2017.74>>.

DE LA FUENTE, A., ROJAS, M. y MAC LEAN, C. (2017). A Human-Scale Perspective on Global Warming: Zero Emission Year and Personal Quotas. [en línea] <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0179705>> [Consulta: 31 de mayo de 2019].

DIEZ-PICAZO, L. (2011). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.

DORF, M., Y SABEL, CH. (1998). A Constitution of Democratic Experimentalism. Columbia Law Review, 98(2): 267-473.

DRUGMAN, D. (2018). 2018 in Climate Liability: When a Trend Became a Wave. [en línea] Climate Liability News. 30 de diciembre de 2018, disponible en <<https://www.climateliabilitynews.org/2018/12/30/2018-climate-liability/>>. [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

DUGUIT, L. (1987). Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Valparaíso: Edeval.

EMANUEL, K. (2012). What We Know About Climate Change. Cambridge, Massachussets: Boston Review. The MIT Press.

ENGLISH, K. (1967). Introducción al Pensamiento Jurídico. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Ediciones Guadamarra.

EPSTEIN, R. (2011). Beware of Prods and Pleas: A Defense of the Conventional Views on Tort and Administrative Law in the Context of Global Warming, 121 Yale L.J. Online 317. Disponible [en línea] <<http://yalelawjournal.org/forum/beware-of-prods-and-pleas-a-defense-of-the-conventional-views-on-tort-and-administrative-law-in-the-context-of-global-warming>> [Consulta: 21 de septiembre de 2019].

EVANS-PRITCHARD, E.E. (1992). Los Nuer. Barcelona: Anagrama.

EWING, B., y KYSAR, D. (2011). Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm. Yale Law Journal, 121(2): 350-424.

FAHNER, J. (2018). Climate Change before the Courts: Urgenda Ruling Redraws the Boundary between Law and Politics [en línea] <<https://www.ejiltalk.org/climate-change-before-the-courts-urgenda-ruling-redraws-the-boundary-between-law-and-politics/>> [Consulta: 13 de junio de 2019].

FEINBERG, J. (1987). The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others. Nueva York: Oxford University Press.

FEMENÍAS, J. (2017 a). Los Daños Ambientales Como Única Categoría Jurídica Cuya Reparación Regula la Ley N° 19.300. Comentario a la Sentencia Pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, con Fecha 28 de Junio de 2016 en el Recurso de Casación en el Fondo Causa rol n° 37.179- 2015. Revista Chilena de Derecho 44 (1): 295-304.

FEMENÍAS, J. (2017 b). La responsabilidad por daño ambiental. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

FERRADA, J.C., BERMÚDEZ, J. Y PINILLA, F. (Eds.). (2015). La Nueva Justicia Ambiental. Santiago: Thomson Reuters.

FLEMING, J. (1967). An introduction to the Law of Torts. Oxford: Oxford University Press.

GANGULY, G., SETZER, J. y HEYVAERT, V. (2018). If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change. Oxford Journal of Legal Studies 38(4): 841-868. Disponible [en línea] <<https://doi.org/10.1093/ojls/gqy029>>.

GARCIA, J.A. (2018). El Daño en la Responsabilidad Civil. En: Papayannis, D. y Pereira, E. (Eds.). Filosofía del Derecho Privado. Madrid: Marcial Pons, pp. 291-292.

GARDINER, S. (2006). A Core Precautionary Principle. The Journal of Political Philosophy 14 (1): 33-60.

GERHART, P. (2010). Tort Law and Social Morality. Cambridge: Cambridge University Press.

GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE (WBGU), SCHELLNHUBER, H et al. (2009). Solving the Climate Dilemma: The Budget Approach (special report 2009) Disponible [en línea] <<http://pure.iiasa.ac.at/id/eprint/8947/1/XB-09-902.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2019].

GONZÁLEZ, C. (2016). Chile ha gastado \$26.500 millones en adaptarse al cambio climático. [en línea] La Tercera. 3 de noviembre de 2016 <<https://www.latercera.com/noticia/chile-ha-gastado-26-500-millones-adaptarse-al-cambio-climatico/>> [Consulta: 5 de Octubre de 2019].

GRIFFIN, P. Carbon Disclosure Project y Climate Accountability Institute. (2017). The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017 [en línea] Inglaterra. Disponible en <<https://b8f65cb373b1b7b15feb->

c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcdd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1499691240> [Consulta: 5 de octubre de 2019].

GROSSMAN, D. (2003). Warming up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation. *Columbia Journal of Environmental Law* 28(1): 1-61.

GUNNINGHAM, N., y SINCLAIR, D. (2017). *Smart Regulation*. En: Drahos, P. (Ed.). *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. Canberra: Australia National University Press, pp. 133-148.

HARDIN, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859): pp. 1243-1248.

HARVARD LAW REVIEW. Notas de la editorial. *Amici Curiae*. (1921). *Harvard Law Review*, 34(7): 773-776.

HARVARD LAW REVIEW. Notas de la editorial. *Developments in the Law: Res Judicata*. (1952). *Harvard Law Review*, 65(5): 818-887.

HEYVAERT, V. (2011). Governing Climate Change: Towards a New Paradigm for Risk Regulation. *Modern Law Review*, 74(6): 817-844.

HUNTER, D. Y SALZMAN, J. (2007). Negligence in the air: the duty of care in climate change litigation. *University of Pennsylvania Law Review* 155(6): 101-154.

JENSEN, N. (2003). Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. [en línea] Indret: *Revista Para el Análisis del Derecho*. (2) http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf [Consulta: 6 de octubre de 2019].

KELSEN, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Moisés Nilve, 4ª ed. Buenos Aires: Eudeba.

KRAKOFF, S. (2007). *Fragmentation, Morality, and the Law of Global Warming*. University of Colorado Law Legal Studies Research Paper N° 07-10. Disponible [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976049>.

KYSAR, D. (2011). What Climate Change can do About Tort Law. *Yale Law School, Environmental Law* 41 (1): 1-71.

KYSAR, D. (2018). The public life of private law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism. *European journal of Risk Regulation* 9(1): 48-65.

LASKI, H.J. (1936). *El liberalismo europeo*. Trad. Miguélez, V. (1939). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

LAUDAN, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press.

LANDES, W Y POSNER, R. (1987). *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

LARROUCAU, J. (2012). Hacia un Estándar de Prueba Civil. *Revista Chilena de Derecho* 39 (3): 783 - 808.

LIN, A. (2006). The Unifying Role of Harm in Environmental Law. *Wisconsin Law Review*, 2006(3): pp. 987-985.

MALINOWSKI, B. (1982). *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Barcelona: Ariel.

MERRYMAN, J.H Y PÉREZ-PERDOMO, R. (2014). *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. 3ª ed. Trad. Suárez, E. México, D.F: Fondo de Cultura Económica

MILL, J.S. (1859). *Sobre la Libertad*. Trad. Azcárate, P. (2013). Madrid: Alianza.

MILLER, M. (2010). The Right Issue, the Wrong Branch: Arguments Against Adjudicating Climate Change Nuisance Claims. *Michigan Law Review*, 109(2): 257-289.

MIRANDA, P. (2015). El *amicus curiae* en los tribunales ambientales. [en línea] El Mercurio Legal. 29 de mayo de 2015 <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/05/29/El-amicus-curiae-en-los-tribunales-ambientales.aspx?disp=1>> [consulta: 8 de septiembre de 2019].

MORAGA, P. (2009). El Nuevo Marco Legal Para el Cambio Climático. Santiago: Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM 2009.

MORAGA, P. Y MECKIEVI, S. (2016) Center for Climate Change and Resilience Research. (2016). Análisis Comparativo de Legislación de Cambio Climático. [en línea] <<http://www.cr2.cl/documentos-finales-proyecto-propuesta-de-marco-legal-e-institucional-para-abordar-el-cambio-climatico-en-chile/>>. [Consulta 5 de octubre de 2019].

MORRISON, T. (2005). Private Attorneys General and The First Amendment. Michigan Law Review 103 (4): 589-675.

MURRAY, D. (2019). Will Climate Change the Courts? The New Atlantis, 57(1): 14-25.

NORDHAUS, W. (2013). The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World. New Haven: Yale University Press.

OKUBO, N. (2013). Climate Change Litigation: A Global Tendency. En: Ruppel, O. Roschmann C., y Ruppel-Schlichting K. (Eds.), Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 741-758.

OWEN, D. (2010). Bending Nature, Bending Law. Florida Law Review, 62(3): 569-615.

PANTALEÓN, F. (2003). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas). Revista de Derecho y Humanidades 9: 17-39.

PAPAYANNIS, D. (2014). Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Madrid: Marcial Pons.

PEÑA, D. (2017). ¿Existe una Real Protección del Medio Ambiente? Análisis de las Sentencias que Ordenaron Reparar Daño Ambiental y su Posterior Cumplimiento. Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magister en Derecho Ambiental. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

PEÑAILILLO, D. (1996). El Enriquecimiento sin Causa. Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 200: 8-40.

PINO, A. (2016). La Restitución de Ganancias Ilícitas y la Acción del Provecho por Dolo Ajeno. *Revista Ius et Praxis* 22(1): 227-270.

PLANELLES, M. (2016). Los Combustibles Fósiles Reciben el Doble de Subsidios que los Renovables [en línea] *El País*. 16 de noviembre de 2016 https://elpais.com/internacional/2016/11/16/actualidad/1479293012_872888.html [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

POSNER, R. (1972). *Economic analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company.

POSTEMA, G. (2001). Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts. En *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-21.

POWELL, J.L. (2011). *The Inquisition of Climate Science*. Nueva York: Columbia University Press.

RAWSON, E. (1998). Injunctive Relief in Environmental Cases. *Natural Resources & Environment*, 13(1): 363-375.

ROJAS, P., JAIMURZINA, A., Y PÉREZ, G. (2015). Políticas de Logística y Movilidad. Antecedentes para una Política Integrada y Sostenible de Movilidad. Volumen 1. Informe de Naciones Unidas [en línea] https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39711/1/S1501004_es.pdf [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

ROXIN, C (1976). *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid: Reus.

RUBENSTEIN, W. (2004). On What A 'Private Attorney General' is - And Why it Matters. *Vanderbilt Law Review* 57 (6): 2129-2173

RUDÁ, A. 2005. El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente. Tesis para el grado de Doctor en Derecho. Girona: Universitat de Girona, Facultat de Dret. Disponible [en línea]. <<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7676/targ.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>.

RUDÁ, A. (2018). La Responsabilidad de los Estados por el Cambio Climático a la luz de Urgenda. ¿Un Futuro Prometedor o un Camino Hacia Ninguna Parte? En Nagao, D., De Paula, E., Vedovato, L. (Eds.) *Migração, Mudança Climática e Economia Social em um Mundo Globalizado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, pp. 1-21.

RUHL, J.B. (2008). Making Nuisance Ecological. *Case Western Reserve Law Review*, 58(3): 753-785.

SAMPER, F. (2007). *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

SEGURA, F. (2005). Algunas Consideraciones Sobre la Pena Privada y los Daños Punitivos en el Derecho Civil Chileno. En Varas, J.A y Turner, S (Eds.). *Estudios de Derecho Civil. Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil (Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005)*, Santiago: Editorial LexisNexis, pp. 635-655

SCHOPF, A. (2015). El Ámbito de Protección de la Responsabilidad Extracontractual y los Daños Puramente Patrimoniales. En Vidal, A., Severin, G., Mejías, C. (Eds.). *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014*, pp. 921-939.

SCHROEDER, C. (2002). Lost in the Translation: What Environmental Regulation does that Tort Cannot Duplicate? *Washburn Law Journal*, 41: 583-606.

SCHUCK, P. (2008). Tort Reform, Kiwi-Style. *Yale Law & Policy Review*, 27 (1): 187-203.

SPECIA, M. (2019). Japan's 'King of Tuna' Pays Record \$3 Million for Bluefin at New Tokyo Fish Market. [en línea] The New York Times. 5 de junio de 2019. <<https://www.nytimes.com/2019/01/05/world/asia/record-tuna-price-japan.html>>. [Consulta: 28 de septiembre de 2019].

TAPIA, J, Y CORDERO, L. (2015). La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: una Mirada Institucional. Estudios Públicos 139: pp. 7-65.

TAPIA, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho, 2: 251-264.

THE BRAIDWOOD DISPATCH AND MINING JOURNAL (nota de la edición). Coal consumption affecting climate. (1912). The Braidwood Dispatch and Mining Journal, New South Wales, Australia, 17 de julio, p.4.

THE HAMMOND TIMES (nota de la edición). Air Pollution One of Biggest Problems Facing America Today. (1957). The Hammond Times, Munster, Indiana, Estados Unidos de Norteamérica, 6 de noviembre, p. B-2.

THORPE, A. (2008). Tort-Based Climate Change Litigation and the Political Question Doctrine. Journal of Land Use & Environmental Law, 24(1): 79-105.

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE, Departamento de Física. (2014). Informe Final del estudio Actualización y Sistematización del Inventario de Emisiones de Contaminantes Atmosféricos en la Región Metropolitana. [en línea] https://sustempo.com/website/wp-content/uploads/2015/07/Inventario-de-emisiones-RM_USACH_2014.pdf [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

VALDIVIA, J.M (2015). Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales, en Ferrada et al. (Eds.). La Nueva Justicia Ambiental. Santiago: Thomson Reuters, pp. 253-276.

VIAL, V. (2011). *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ta ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

WEART, S. (2003). *The Discovery of Global Warming*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

WEINRIB, E. (2012 a). *The Idea of Private Law*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press.

WEINRIB, E. (2012 b). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.

ZIMMERMANN, R. (1990). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo: Juta & Co.

ZINITI, C. (2008). Optimal Liability System for Online Service Providers: How Zeran v. America Online Got it Right and Web 2.0 Proves It. *Berkeley Technology Law Journal* 23(1): 583-616.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Alemania

Lliuya v. RWE AG, Az. 5 U 15/17 OLG Hamm.

Australia

Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia, Corte Federal de Australia, N° VID of 2017

Bélgica

VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium & Others, Tribunal de Primera Instancia Francófono de Bruselas, R.G. n° 15/4585/A.

Canada

Turp v. Minister of Justice and Attorney General of Canada

Chile

Segundo Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2016, rol D 14-2014.

Segundo Tribunal Ambiental, 26 de enero de 2015, rol D 9-2014.

Segundo Tribunal Ambiental, 29 de noviembre de 2014, rol D 6-2013.

Segundo Tribunal Ambiental, 29 de marzo de 2018, rol D 25-2016.

Estados Unidos

Aji P. v. State of Washington, Corte Suprema del Estado de Washington, N°. 96316-9.

Alaska Natives Class v. Exxon Corp., 104 F.3d 1196, 1197 (9th Cir. 1997).

American Electrical Power Co (AEP) v. Connecticut, 564 US 410.

Board of County Commissioners of Boulder County v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc., D.C. N° 1:18-CV-01672-WJM-SKC.

City of New York v. BP p.l.c., 325 F. Supp. 3d 466 (2d Cir. 2018).

City of Oakland v. BP p.l.c., No. C 17-06011 WHA (N.D. Cal. Jul. 27, 2018).

Colditz v. Woods, 3:19-cv-01067 (N.D. Tex.).

Comer v. Murphy Oil USA, Inc, 718 F.3d 460 (5th Cir. 2009).

Fentress v. Exxon Mobil Corp., 304 F. Supp. 3d 569 (S.D. Tex. 2018).

Filippone v. Iowa Department of Natural Resources, 829 N.W.2d 589 (Iowa Ct. App. 2013).

Harvard Climate Justice Coalition v. President & Fellows of Harvard College, Corte Superior de Massachusetts, 2014-3620-H.

Juliana, et al. v. United States of América, et al., 18-36082 (9th Cir).

Kanuk v. Alaska, Corte Suprema de Alaska, S-14776.

King County v. BP p.l.c., 2:18-cv-00758 (W.D. Wash.).

Kivalina v ExxonMobil Corporation, 696 F.3d 849, 2012 WL 4215921 (9th Cir. 2012).

Montini v. Woods, 3:19-cv-01068 (N.D. Tex.).

New York City Employees' Retirement System v. TransDigm Group, Inc., 18 Civ. 11344 (S.D. New York).

People of the State of California v. General Motors Corp. N° CV-06-05755-MJJ (N.D. Cal.).

People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation, Corte Suprema del Estado de Nueva York, 452044/2018.

Sanders-Reed v. Martinez, D-101-CV-2011-01514 (N.M. Dist. Ct.).

United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

Vieth v. Jubelirer, 541 US 267 (2004).

Zerán v. America Online: 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

Nueva Zelanda

Thomson v. Minister for Climate Change Issues, Corte Superior de Nueva Zelanda, CIV 2015-485-919 [2017] NZHC 733.

Países Bajos

Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc. Tribunal de Distrito de La Haya, causa N° C / 09/516573 / HA ZA 16-975.

Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment), fallo de primera instancia: Tribunal de Distrito de La Haya, causa N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396; fallo de segunda instancia, Corte de Apelaciones de la Haya, mismo número de causa; número de fallo: 200.178.245/01.

Pakistan

Leghari v. Federation of Pakistan, Corte Superior de Lahore, caso N° W.P. No. 25501/2015.

Polonia

ClientEarth v Enea, Tribunal de Distrito de Poznań, caso IX GC 1118/18.

Reino Unido

Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy, CO/2760/2018, CO/3089/2018, CO/3147/2018 and CO/3149/2018.

Sudáfrica

Minister of Home Affairs v. Fourie, Corte Constitucional de Sudáfrica, (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

Ukrania

Environment-People-Law v. Ministry of Environmental Protection., Corte Comercial de Lviv.

Unión Europea

Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council. Corte General de la Unión Europea, caso T-330/18.

SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

Carbonfund Organization [en línea] <<https://carbonfund.org/>> [Consulta: 30 de mayo de 2019].

Climate Accountability Institute. Carbon Majors. 2018. [en línea] <<http://climateaccountability.org/carbonmajors.html>> [Consulta: 4 de junio de 2019].

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). Archivo de informes en español [en línea] <https://archive.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml> [Consulta: 7 de octubre de 2019].

Legifrance. Catálogo de traducciones de referencia del servicio público de difusión del derecho de Francia. [en línea] <<https://www.legifrance.gouv.fr/traductions/catalogue-des-traductions>> [Consulta: 22 de octubre de 2019].

Librería Nacional de Australia. Registro del periódico “The Braidwood Dispatch and Mining Journal” entre 1888 y 1954. [en línea] <<https://trove.nla.gov.au/newspaper/page/10951717>> [Consulta: 31 de mayo de 2019].

OECD/International Energy Agency. (2015). [en línea] <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2015SpecialReportonEnergyandClimateChange.pdf>> [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

Oyez, Cornell’s Legal Information Institute. Base de datos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] <<https://www.oyez.org/>> [Consulta: 7 de octubre de 2019].

Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP. (2019). Climate Change Litigation Databases. [en línea] <<http://climatecasechart.com/>> [consulta: 11 de junio de 2019].

Taskforce on Climate-Related Financial Disclosures, ‘Recommendations of the Taskforce on Climate Related Financial Disclosures’. (2017) [en línea] <<https://www.fsb-tcfd.org/wp-content/uploads/2017/06/FINAL-2017-TCFD-Report-11052018.pdf>> [Consulta: 20 de junio de 2019].

The Economist. The Truth About Big Oil and Climate Change. The Economist, International, Londres, Reino Unido, edición de 9 de febrero de 2019. Publicado en en <<https://www.economist.com/leaders/2019/02/09/the-truth-about-big-oil-and-climate-change>> [Consulta 31 de mayo de 2019].

The Economist, International, Londres, Reino Unido, edición de 4 de noviembre. Publicado en internet el 2 de noviembre de 2017. [en línea] <<https://www.economist.com/international/2017/11/02/climate-change-lawsuits>> [Consulta: 4 de junio de 2019].

Universidad de Pennsylvania, Kleinman Center for Energy Policy. [en línea] <<https://kleinmanenergy.upenn.edu/policy-spotlight/urgent-action-global-perspectives-dutch-climate-change-litigation>> [Consulta: 14 de junio de 2019].