

Título original	What Litigation of a Climate Nuisance Suit Might Look Like
Autor	Michael B. Gerrard
Publicado en	Sustainable Development Law & Policy Volume 12 Issue 2 Winter 2012: Climate Law Reporter Article 4
Traducido por	Sebastián Villamizar Santamaría para Dejusticia con autorización del autor
Usos permitidos	Circulación restringida para fines académicos

Cómo se debería ver una demanda de alteración del orden público en favor del clima

Michael B. Gerrard*

En el caso de la *American Electric Power Co. (AEP) contra Connecticut*,¹ la Corte Suprema dejó la puerta entreabierta al litigio para el derecho consuetudinario estatal (y no federal) acerca de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEF). Algunos de los abogados de los demandantes también afirmaron que la decisión abre el espacio para solicitar dineros por los daños (en lugar de un mandato judicial) incluso en un caso de derecho consuetudinario federal.

Para propósitos de este artículo, imaginemos un mundo en el cual las puertas de los juzgados quedan abiertas para las demandas de ley consuetudinaria por daños por emisiones de GEF, y las cortes han rechazado todas las defensas con base en desplazamiento, preferencia, cuestiones políticas y legitimación. En otras palabras, los demandantes finalmente pueden litigar los méritos. ¿Cómo se vería este litigio?

Debido a que pasé treinta años trabajando como litigante ambiental (a veces actuando por demandantes, a veces por acusados)² antes de entrar a la academia, mi cabeza da giros con los desafíos que tendría este caso. La gran parte del examen de la ley consuetudinaria sobre casos de GEF mira los asuntos en el umbral; miremos ahora a través del umbral y veamos qué hay del otro lado. Lo que encontraremos es un número extraordinario de preguntas abiertas a las que se enfrentarían las partes y las cortes; en este artículo pretendo enumerarlas, sin tomar la difícil tarea de responderlas.

La selección de acusados

Está bien establecido que estos casos presentan dificultades únicas debido a los actuales niveles atmosféricos de GEF que son resultado de las emisiones acumuladas de millones o miles de millones de *emisores desde* el inicio de la revolución industrial. Los impactos adversos son el resultado de esta carga global acumulada; no se puede atribuir una herida específica a un contaminante específico. Por tanto, una

Michael B. Gerrard

Cómo se debería ver una demanda de alteración del orden público en favor del clima
TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL PARA USO RESTRINGIDO. FAVOR NO CIRCULAR

pregunta inicial en cualquier demanda de dineros por daños es si la responsabilidad es conjunta y severa o si es proporcional.

Si es conjunta y severa, el resultado inevitable es el litigio de terceros. Los acusados que se nombren en la querrela demandarán a los otros varios emisores de GEF que no se nombraron, y estos nuevos acusados a su vez demandarán a aún más.

Esto es lo que ocurrió en el litigio bajo la Ley Completa de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambiental (CERCLA, en inglés) de 1980 ³ sobre la responsabilidad de la limpieza de lugares contaminados. Las cortes decidieron que en algunas circunstancias la CERCLA imponía una responsabilidad conjunta y severa, ⁴ y fue común en los lugares grandes, específicamente en los rellenos sanitarios que aceptaron desechos de regiones enteras, ver círculos concéntricos de acusados de terceros, cuartos y quintos, que a veces llegaban a los cientos. Al menos un caso de la CERCLA creció tanto que ningún juzgado existente pudo acomodar a los cientos de abogados y se tuvo que construir un juzgado especial en otro edificio.⁵

Abundan las historias sobre cómo las grandes compañías de químicos estaban demandando a las tiendas de rosquillas y a los hogares de cuidado para esparcir el dolor, lograr acuerdos coercitivos y extender los casos.⁶ El número de acusados potenciales en un caso por GEF crece, y los desafíos de manejo del caso consecuentes son inmensos.

Determinar cuáles partes son responsables a su vez genera varias preguntas:

1. Jurisdicción personal

No es claro si una corte estatal podría encontrar que tiene jurisdicción sobre las fuentes de GEF en estados distantes. Más aun, aproximadamente sólo el 18% de las emisiones de dióxido de carbono hoy en día provienen de los Estados Unidos.⁷ De las restantes, algunas son de compañías multinacionales con suficientes contactos en los EE. UU. para que sean susceptibles a la notificación de las demandas por los procesos aquí. ¿Cómo podría una corte estadounidense ejercer jurisdicción sobre esas restantes y luego hacer cumplir juicios contra ellas?

2. Lo razonable de la conducta

La responsabilidad de alteración de orden público se impone generalmente sólo sobre quienes cometen una conducta no razonable.⁸ No hay una limitación estatutaria o regulatoria sobre las emisiones de dióxido de carbono al menos antes de que la Agencia de Protección Ambiental (EPA, en inglés) comenzara a regular los GEF en enero de 2011.⁹ Por tanto, las emisiones que son la base de la asignación de responsabilidad en su gran mayoría no estaban por fuera de la ley. ¿Cómo se define lo no razonable? ¿Cuál es el efecto de la ausencia de cualquier tecnología comercial para controlar las emisiones de GEF por la utilización de combustibles fósiles (más allá de usar energía no fósil, o usar menos energía)? Dado que uno de los factores para determinar lo razonable puede ser el valor social de la conducta,¹⁰ ¿cuál es el valor social del uso de combustibles fósiles? ¿Es el uso de combustibles fósiles intrínsecamente no razonable? ¿Cuál es la relevancia de más de un siglo de política estadounidense que estimula el uso de combustibles fósiles y la dependencia histórica de la economía de ese país del uso de combustibles fósiles? ¿Importa si los combustibles fósiles se hayan utilizado para soportar un estilo de vida muy confortable (por ejemplo en EE. UU., Canadá, Europa, Japón, Australia) o para reducir la población en pobreza (p. ej. en China o India)?

3. Permisos

Como lo han sugerido algunas decisiones,¹¹ ¿el hecho de que unas instalaciones hayan operado con permisos del gobierno es una defensa completa contra una demanda por alteración de orden público? ¿Importa que los permisos no dicen nada sobre las emisiones de GEF?

4. El estatuto de las limitaciones

Muchos estados prohíben las demandas para obtener dineros por daños debido a la alteración del orden público que hayan ocurrido en un periodo determinado antes de la apertura de la querrela; en Nueva York, por ejemplo, ese tiempo es de tres años.¹²

¿Eso significa que, para una demanda de 2011, sólo se puedan procesar los daños por emisiones de 2008 y posteriores?

5. La elección de la ley

¿Qué leyes estatales aplican para determinar lo razonable, los estatutos de limitación y otros asuntos? Si una compañía acusada tiene instalaciones emisoras en veinte estados, ¿aplican los veinte conjuntos de reglas distintos al litigio? ¿Qué pasa con las emisiones por fuera de los Estados Unidos?

6. Sucesores

Muchas emisiones pueden atribuirse a instalaciones que cerraron o a compañías que se disolvieron hace décadas. ¿Qué principios de responsabilidad de sucesión pueden aplicar? Si no existe un sucesor, ¿quién paga?

7. Cadenas de distribución

Muchas emisiones de GEF provienen de los tubos de escape de los vehículos. Para que eso pase, el petróleo se extrae de los pozos, se transporta a las refinerías, se refina en gasolina, se transporta a las estaciones de servicio y se pone en los vehículos que están ensamblados por varias empresas (con partes fabricadas por varias compañías) y que luego las personas conducen. ¿Quién, a lo largo de esta cadena de distribución, es responsable: los productores de petróleo, las refinerías, los transportadores de combustible, las estaciones de servicio, las empresas manufactureras de vehículos o los conductores? (El mismo tipo de pregunta se puede hacer, por ejemplo, sobre el carbón que se extrae del suelo, se envía en un tren a una planta y se quema allí, lo que genera electricidad que viaja por cable a los hogares, donde alimenta las luces y electrodomésticos). ¿Qué principio se usa para seleccionar los puntos sobre los cuales se asigna la responsabilidad? ¿Cómo puede una corte evaluar lo razonable de la conducta en cada paso de esta cadena?

8. Responsabilidad gubernamental

Si un gobierno nacional o estatal incentivó el uso de combustibles fósiles u otras actividades que generen GEF, a través de subsidios, licencias de recursos de propiedad pública (como tierras), provisión de instalaciones para el uso de los combustibles (como autopistas interestatales), el uso de poderes gubernamentales (como extinción de dominio), mandatos tecnológicos o compras directas, ¿comparte la responsabilidad? ¿Qué pasa si el gobierno sabía del riesgo pero no tomó medidas para proteger a su población, como construir o aumentar las esclusas de protección contra inundaciones? ¿Es la inmunidad soberana un bloqueo total a esas demandas, o ha habido exenciones? Si el gobierno fuera responsable sin

tener en cuenta la inmunidad soberana, ¿la responsabilidad de los acusados privados se reduciría proporcionalmente?

9. Emisiones no industriales

Aproximadamente el 61,4% de las emisiones globales de GEF resultan del uso de energía, y cerca del 18,3% se atribuyen a la deforestación.¹³ Gran parte de esta deforestación ocurre en tierras de propiedad del gobierno. ¿Son responsables las entidades que ejecutan o permiten esta deforestación? Si sí, ¿eso incluiría, por ejemplo, a los gobiernos de países en Sudamérica y África, donde ocurre la pérdida anual más grande?¹⁴

Otros asuntos

El litigio de agravios legales de GEF abriría muchos otros temas:

1. Causación

Se ha vuelto una perogrullada en los círculos de política climática que los eventos climáticos específicos no se pueden atribuir a las emisiones de GEF.¹⁵ Podemos decir que los huracanes, sequías y olas de calor serán más frecuentes y severas en un planeta más caliente, pero esos eventos ocurrieron mucho antes de la era industrial; siempre ha habido una variación natural. ¿Cómo podrían las víctimas de un evento similar establecer que fue causado específicamente por el cambio climático? ¿Deberían hacerlo? ¿Qué carga de la prueba tendrían que tener? (Este problema puede ser un poco reducido para las injurias que resultan de tendencias más largas, como la erosión costera y cuando se derrite la capa de nieve, y por los gastos de los esfuerzos razonables de adaptación).

2. Demandas colectivas

Si se puede establecer la causación y se pueden encontrar acusados que sean potencialmente culpables, sujetos a una jurisdicción de una corte y lo suficientemente adinerados para que valga la pena demandarlos, el número de demandantes potenciales puede ser muy grande. Una demanda colectiva sería la forma natural de proceder. El mismo día en que la Corte Suprema emitió su decisión en el caso de *AEP contra Connecticut*, también anunció el caso de *Wal-Mart Stores, Inc. contra Dukes*.¹⁶ que probó el escepticismo hacia el aumento de las demandas colectivas.¹⁷ ¿Serían las cortes receptivas de demandas colectivas contra emisores de GEF?

3. Litigios posteriores

Si este tipo de litigio tiene éxito, es probable que cualquier entidad que se considere como un emisor grande (p. ej., una compañía de electricidad) sea el sujeto de múltiples demandas. Si litiga su responsabilidad en un caso y pierde, ¿es esa decisión vinculante contra ella en casos subsecuentes por doctrinas como la cosa juzgada? ¿Qué pasa si litiga y gana: puede usar esa victoria en casos subsecuentes?

4. Medición de los daños

Si un barrio se destruye por un evento que una corte encuentra que fue causado por el cambio climático, ¿son sólo recuperables las pérdidas económicas? ¿Qué pasa con la pérdida de comunidad y otras pérdidas menos tangibles? ¿Puede alguien recuperarse de la pérdida de la biodiversidad y otros impactos ecológicos? ¿Puede obtenerse la recuperación por pérdidas que son inevitables (como el resultado de los GEF ya presentes en la atmósfera) pero que no se van a ver sino en una o dos generaciones?

Michael B. Gerrard

Cómo se debería ver una demanda de alteración del orden público en favor del clima
TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL PARA USO RESTRINGIDO. FAVOR NO CIRCULAR

5. Asunción del riesgo

Si alguien construye, o sigue viviendo, en una casa en un área que ahora se sabe que es vulnerable a inundaciones como resultado del aumento en los niveles de los océanos, y esa casa en efecto se inunda, ¿puede el dueño recuperar los daños completos por la pérdida? ¿Hay alguna obligación de evitar (o abandonar) el área o mitigar los daños de cara a nuevos peligros?

6. Cobertura de seguros

Gran parte del litigio de la CERCLA trataba sobre la cobertura de los seguros por la responsabilidad de la limpieza; los costos de transacción fueron enormes.¹⁸ ¿Ocurriría el mismo patrón, pues muchos o la mayoría de emisores de GEF buscan cobertura de seguros?

7. Conducta de no emisores

Al evaluar la responsabilidad de un emisor de GEF, ¿son las emisiones cuantificadas el único factor? ¿Qué pasa si, como alegan algunas de las demandas pendientes, ciertos acusados malinterpretaron la ciencia de cambio climático? ¿O qué pasa si algunos acusados mitigan sus emisiones al, por ejemplo, ayudar a pagar una granja eólica? ¿Algo de esto cuenta en términos de la imputación de responsabilidad?

8. Lugar y consolidación

Si la responsabilidad conjunta y severa es la regla, y virtualmente cada emisor grande de GEF en el mundo se junta en un caso, puede haber múltiples litigios que hablen de los mismos asuntos de responsabilidad (en oposición a los daños) contra muchas de las mismas partes. ¿A dónde se van a llevar estos casos? ¿Van a consolidarse todos los casos federales ante un juez de distrito bajo las reglas de litigio multidistrito?¹⁹ ¿Qué ocurre con los casos estatales? ¿Qué pasa si proceden casos similares en otro país de derecho consuetudinario?

9. Descubrimiento

¿Cuál es el rango del descubrimiento en estos casos? ¿Pueden los demandantes buscar en los procesos industriales de los acusados empresariales (para ver si hay oportunidades de operar de manera más eficiente), en sus declaraciones públicas y comunicaciones privadas sobre cambio climático (para ver si hay inconsistencias) y en sus listas de proveedores y consumidores (para buscar acusados adicionales)? ¿Pueden los acusados explorar si los demandantes eran usuarios derrochadores de energía y si deberían haber sabido que no debían vivir en la playa?

10. Agravios internacionales.

Si se encuentra que la conducta de un emisor de GEF en EE. UU. fue agravante, ¿puede un residente de otro país utilizar las cortes estadounidenses para reparar los daños?²⁰ ¿Llegarían las altas emisiones de GEF al nivel de ser un rompimiento extremo de normas aceptadas hace mucho que se necesitan para hacer estas demandas? Si sí, ¿cuáles son los límites sobre cuántos extranjeros pueden realizar estos casos?

Michael B. Gerrard

Cómo se debería ver una demanda de alteración del orden público en favor del clima
TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL PARA USO RESTRINGIDO. FAVOR NO CIRCULAR

Conclusión

Como lo muestra este artículo, si algún demandante tiene éxito para abrirse paso entre los cerrojos que pudieron dejarse abiertos por la Corte Suprema en el caso de la AEP, ellos y las cortes en las que buscan la reparación todavía enfrentarían dificultades extraordinarias.

En su núcleo, la AEP es una separación de la decisión de poderes. Incluso los miembros participantes de la Corte que supuestamente son más entusiastas sobre el control de GEF estuvieron de acuerdo con que el trabajo de establecer limitaciones a las emisiones está por encima de la competencia de las cortes y de la que el Congreso le asignó a la EPA. Si cualquier juicio eventualmente se acerca a los méritos de una demanda para solicitar dineros por daños por las emisiones de GEF, podría encontrarse en un agujero de gusano, que al emprender el camino ya podría retraerse. Interpretar y hacer cumplir los mandatos regulatorios y congresales es un papel importante y apropiado de las cortes para enfrentar el cambio climático; erigir un nuevo esquema de responsabilidad para reparar los impactos de nuestro sistema económico es una tarea completamente diferente y peligrosa.

**Michael B. Gerrard es el Profesor Andrew Sabin de Práctica Profesional y el Director del Centro de Derecho de Cambio Climático en la Facultad de Derecho de Columbia. Es un exsocio y actualmente Consejero Sénior de Arnold & Porter LLP.*

Notas al pie

¹ 131 S. Ct. 2527 (2011).

² La firma de abogados del autor, Arnold & Porter LLP, representa a un acusado en la Villa Nativa de Kivalina c. ExxonMobil Corp. 663 F. Supp. 2d 863, 873-76 (N.D. Cal. 2009), *apelación* No. 09-17490 (9th Cir. Nov. 5, 2009), que ahora se encuentra bajo apelación en la Corte de Apelaciones de EE. UU. en el 9º Circuito, y a un acusado en Comer c. Murphy Oil USA, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010), que recientemente se volvió a presentar en la Corte de Distrito de Mississippi en EE. UU. El autor escribe este artículo, sin embargo, exclusivamente en su capacidad académica.

³ Pub. L. No. 96-510, 94 Stat. 2767 (codificado en 42 U.S.C. § 9607 (2006)).

⁴ *P. ej.* Burlington N. & Santa Fe Ry. Co. c. United States, 129 S. Ct. 1870 (2009).

⁵ Véase Jack Hitt, Toxic Dreams: A California Town Finds Meaning in an Acid Pit, HARPER'S, julio de 1995, 57 (describe el litigio alrededor de los Stringfellow Acid Pits en el Condado de Riverside, California).

⁶ Véase, *p. ej.*, Robert Tomsho, *Pollution Ploy: Big Corporations Hit by Superfund Cases Find Way To Share Bill*, Wall Street Journal, 2 de abril de 1991, A1 (reporta los esfuerzos de la Special Metals Corp. y USA Co. para someter a cientos de pequeños negocios, distritos escolares y municipalidades en un litigio en un intento de difuminar la responsabilidad financiera de las compañías).

⁷ Véase U.N. Statistics Div., *Indicator 7.2: Carbon Dioxide Emissions, Total, Per Capita and Per \$1 GDP (PPP)*, Indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (recuperado el 9 de marzo de 2012), <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/SeriesDetail.aspx?srid=749&crd=> (lista las emisiones de carbono de EE. UU. en 2008

en 5,461,014 miles de toneladas métricas, el 18% de las 29,862,261 toneladas métricas de dióxido de carbono emitidas ese año).

⁸ Véase, *p. ej.*, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §§ 821B, 826 (1965) (lista y comenta los elementos de orden público).

⁹ Una excepción menor es la Iniciativa Regional de Gas de Efecto Invernadero (RGGI, en inglés), un programa de diez estados del nororiente y la costa este que impuso un límite a las emisiones de dióxido de carbono de estaciones de generación de electricidad para enero de 2009. Sin embargo, la RGGI está sobreubicada, lo que quiere decir que los permisos disponibles han excedido las emisiones, para que las emisiones de dióxido de carbono caigan debajo de niveles permisibles. Véase Carbon Offset Research & Educ., *Regional Greenhouse Gas Initiative*, STOCKHOLM ENVTL. INST. & GHG MGMT. INST. (ene. 2011), <http://www.co2offsetresearch.org/policy/RGGI.html>.

¹⁰ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 827(c).

¹¹ *P. ej.*, North Carolina c. Tenn. Valley Auth., 615 F.3d 291 (4^o Cir. 2010).

¹² N.Y. C.P.L.R. 214 (McKinney 2011).

¹³ Kevin A. Baumert, Timothy Herzog & Jonathan Pershing, Navigating The Numbers: Greenhouse Gas Data And International Climate Policy 5 fig.1.3 (2005), http://pdf.wri.org/navigating_numbers.pdf.

¹⁴ Véase FOOD & AGRIC. ORG. OF THE U.N., GLOBAL FOREST RESOURCES ASSESSMENT 2010: MAIN REPORT 17 (2010), <http://www.fao.org/docrep/013/i1757e/i1757e.pdf>.

¹⁵ Véase, *p. ej.*, Paul Krugman, columna de opinión, *Droughts, Floods and Food*, New York Times (7 de febrero de 2011), <http://www.nytimes.com/2011/02/07/opinion/07krugman.html> (aunque ningún otro evento climático se puede atribuir a gases de efecto invernadero, se esperan patrones de altos extremos y clima extremo debido al cambio climático).

¹⁶ 131 S. Ct. 2541 (2011).

¹⁷ Véase también *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) (encuentra que una “clase extendida” autorizada originalmente por una Corte de Distrito no cumplía los requisitos de Fed. R. Civ. P. 23).

¹⁸ Véase Jan Paul Acton & Lloyd S. Dixon, Inst. For Civ. Justice, *Rand Corp., Superfund And Transaction Costs: The Experiences Of Insurers And Very Large Industrial Firms* (2002), <http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2007/R4132.pdf> (encuentra que en promedio los costos de transacción fueron el 88% del total de gastos; los gastos individuales fueron entre 80% y 96%).

¹⁹ 28 U.S.C. § 1407 (2006) (codifica el establecimiento de un litigio multidistrito).

²⁰ Estatuto de agravio internacional [Alien Tort Statute], 28 U.S.C. § 1350 (2006). *Pero véase Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) (sostiene que, al establecer un Alien Tort Statute, “las cortes deben requerir que cualquier querrela basada en el derecho actual de las naciones deba reposar en una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad comparable con las características de los paradigmas del siglo XVIII que hemos reconocido”); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010) (el imputar responsabilidad a las empresas por violaciones de derecho internacional consuetudinario “no ha obtenido una aceptación discernible, y mucho menos universal, entre las naciones del mundo en sus relaciones *inter se*” y por tanto no cumpliría los requisitos de *Sosa*).