

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN “WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL DAÑO?

Juan José Martínez-Mercadal

Abogado. Especialista en Derecho de Daños. Magíster en Derecho con orientación en Derecho de Daños de la Facultad de Derecho, Universidad de la República/Uruguay. Diplomado en Derecho e Innovación de la Facultad de Derecho, Universidad de Tucumán. Alumno de los Cursos de Actualización Jurídica válidos para el Doctorado en Derecho (área civil) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente Asistente de Derecho Civil II (Obligaciones y Contratos) y III (Contratos Especiales) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República/ Uruguay. Docente de Posgrado en la Maestría de Derecho, Orientación Derecho de Daños y en la Carrera de Especialización en Derecho de Daños en la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República/ Uruguay. Miembro del Núcleo de Derecho Civil (Grupo de Investigación de la Universidad de la República/ Uruguay). Secretario de redacción de Revista Crítica de Derecho Privado (Uruguay).

Autor convidado.

RESUMEN

El cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad. El 30 de junio de 2022 la Suprema Core de Justicia de Estados Unidos decide sobre un recurso presentado por varios Estados contra la Agencia de Protección Ambiental respecto de la nueva reglamentación sobre control de emisiones de carbón y su impacto ambiental en especial en el cambio climático. El cambio de posturas políticas en el Alto Tribunal ha significado un cambio drástico en el paradigma ambiental y se vuelve una vez más sobre el paralogsimo de falsa oposición entre protección del ambiente y protección de libertades y derechos individuales. El control y regulación de los niveles de emisión de gases con efecto invernadero en una reciente reforma atenta contra los principios de no regresión, progresividad y sobre todo, contra la prevención del daño como nuevo paradigma del Derecho Civil.

RESUMO

A mudança climática é um problema global com graves dimensões ambientais, sociais, econômicas, distributivas e políticas, e representa um dos principais desafios atuais para a humanidade. Em 30 de junho de 2022, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos julga um recurso interposto por diversos Estados contra a Agência de Proteção Ambiental em relação ao novo regulamento sobre o controle das emissões de carbono e seu impacto ambiental,

especialmente sobre as mudanças climáticas. A mudança de posições políticas no Supremo Tribunal Federal significou uma mudança drástica no paradigma ambiental e volta-se mais uma vez para o paralogismo da falsa oposição entre proteção ambiental e proteção dos direitos e liberdades individuais. O controle e regulamentação dos níveis de emissão de gases de efeito estufa em reforma recente fere os princípios da não regressão, da progressividade e, sobretudo, contra a prevenção de danos como novo paradigma do Direito Civil.

1. Introducción: Sobre el control de constitucionalidad como garantía y las cuestiones políticas no justiciables. Nadie puede desconocer la importancia institucional que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, desde sus tiempos fundacionales, en el desarrollo de la democracia y en la consolidación de las garantías institucionales en el relacionamiento entre los Poderes del Estado.

En 1803 el Juez Marshall sienta las bases del control de constitucionalidad en *Marbury v. Madison*. La cláusula de supremacía (“*supremacy clause*”)¹ del sistema constitucional norteamericano fundamentaba las bases de un control superior al poder político que sea garante de derechos y libertades a la vez que guardián de la institucionalidad. Señala J. C. Amaya que “la característica original de la Constitución de los Estados Unidos es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no solo su carta política, pero el elemento fundamental, la gran aportación estadounidense, fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del legislativo”².

El poder Judicial como “garante de los derechos y libertades individuales, pasaría a ser el guardián necesario de la normatividad constitucional estructurada con el principio de separación de poderes, al que agregaba un sistema de frenos y contrapesos que, a la vez regulaba el ejercicio del poder asegurando el equilibrio institucional, permitía el disfrute de las libertades”³.

La propia Constitución y la inspiración jus-naturalista fue el primer aporte al control de constitucional, aún sin previsión expresa. La base del razonamiento de la sentencia de Marshall en *Marbury v. Madison*⁴, en 1803, será precisamente la supremacía constitucional, dando así lugar al “*judicial review*” o control judicial difuso de constitucionalidad.

Es precisamente la superioridad constitucional uno de los principales argumentos en la lógica de Marshall, y la misma no fue ajena al sistema constitucional de la Nación Argentina. Hasta la reforma constitucional de 1994 la mentada supremacía “estaba definida, principalmente, por los arts. 31 y 27 de la Constitución, que establecían la prioridad del derecho federal y los tratados con potencias extranjeras, sobre el derecho local; este contexto del derecho

¹ AMAYA, J.C. “*Marbury v. Madison*. Origen, argumentos y contrargumentos del control judicial de constitucionalidad”. 5ª ed. 2017. Astrea. p. 23. Señala el autor en cita que “*La constitución de los Estados Unidos de América recoge en su Título VI la declaración de la supremacía de la Constitución como ley suprema del país (the supreme law of land); consecuentemente, gozará de superioridad jurídica (shall enjoy legal superiority) por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria (conflicting provision) contenida en las leyes o en las Constituciones de los Estados de la Unión. Esta previsión se la conoce como “cláusula de supremacía” (supremacy clause)*”

² AMAYA, J. C. ob. cit. p. 23

³ AMAYA, J. C. ob. cit. p. 23

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

federal era considerado como “la ley suprema de la Nación”⁵ Por su parte, la reforma constitucional argentina de 1994, no hizo más que delimitar ese bloque de constitucionalidad, unificándolo, aunque con matices interpretativos sobre si los nuevos instrumentos que lo integran gozan de igualdad de supremacía o no.

Y es que “el reformador de 1994 no se apartó de las reglas de supremacía constitucional dispuestas por los arts. 31 y 27 de la Const. Nacional, sino que indicó la unidad y supremacía de la Constitución textual en el contexto de tales instrumentos, y luego sí, una misma jerarquía entre ellos una vez evaluada la imposibilidad de confrontación normativa. De ello derivamos que ante un supuesto de colisión insalvable cede -en todos los casos- la normativa internacional frente a la Constitución textual, sea cual fuere el párrafo que se confronte (...) rescatamos el concepto de “jerarquía constitucional” a fin de unificar el bloque de constitucionalidad en su posición más relevante respecto del restante ordenamiento interno, indicando que los mentados instrumentos aportan un complemento obligatorio a la Constitución textual. No podemos inferir, como sí lo hace la Corte Suprema, que la igualdad de jerarquía implica la imposibilidad de desplazarse o destruirse recíprocamente. En suma entendemos que la igualdad de jerarquía, dispuesta por la propia Constitución, no puede significar igualdad de supremacía”⁶

En la lógica de la sentencia de Marshall sobre la justificación del control judicial de constitucionalidad subyace también una protección frente a los daños. En la sentencia se lee “si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación? La misma esencia de la libertad civil consiste ciertamente en el derecho de cada individuo de demandar la protección de las leyes siempre que sufra un daño. Uno de los primeros deberes del gobierno es procurar esa protección ... y una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos y los derechos son, por definición, límites al poder democrático mayoritario en protección de los individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad, no se reconocieran derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas por los poderes públicos representativos. Por consiguiente, la existencia de derechos implica necesariamente un control judicial de constitucionalidad.”⁷

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en *Halabi c. P.E.N* “frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”⁸

⁵ AMAYA, J. C. ob. cit. p. 68

⁶ AMAYA, J. C. ob. cit. p. 72 y 73

⁷ AMAYA, J. C. ob. cit. p. 74

⁸ CSJN *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-halabi-ernesto-pen-ley-25783-dto-1563-04-amparo-ley-16986-fa09000006-2009-02-24/123456789-600-0009-0ots-eupmocsollaf>

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

El tema del control de constitucionalidad nos conduce, inevitablemente, a si es posible excluir cuestiones de naturaleza “puramente” políticas como aquellas ajenas del control judicial, aspecto que tiene una marcada presencia en el estudio y análisis del Derecho ambiental. El tema se inserta las propias relaciones entre los Poderes de Estado y no es ajeno a todas los Tribunales constitucionales. En tal sentido, y según Miller, la consideración de la Corte Suprema como un tribunal de garantías constitucionales o como un tribunal de resguardo del proceso democrático constituyen las dos opciones más conocidas de justificación que se han empleado para otorgar mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad de las normas jurídicas emanadas de otros Poderes del Estado y para definir el tipo de liderazgo que debe asumir la Corte Suprema”⁹

En el célebre caso *Cullen c/ Llerena*¹⁰, el Juez Luis V. Varela (en disidencia) señalaba que el área delimitación entre lo político no justiciable y las cuestiones judiciales es una línea que en realidad “nunca se ha trazado”.¹¹ Ello ha conducido a posturas doctrinarias restrictivas y otras amplias sobre qué es objeto de control judicial constitucional desde el punto de vista político, enfrentando, quizás indebidamente, a la defensa del control constitucional como garante de la protección de derechos fundamentales o garante del sistema democrático republicano. Las posturas restrictivas, inspiradas en la revolución francesa y esa visión del juez como “boca de la ley” o del temor al “gobierno de los jueces”, abren camino a posturas amplia del pleno juzgamiento de todas las cuestiones políticas so pena de afectar el equilibrio de poderes y el control de sobrepesos entre ellos.

Según Bidart Campos, la tesis amplia de control encuentra fundamento en el mismo art. 116 de la Constitución al reservar al Poder Judicial el conocimiento de toda las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución¹² En palabras del jurista, “cuando se dice que todas las causas es imposible interpretar que haya algunas causas que escapen al juzgamiento. Dividir las causas en judiciales y políticas (no judiciales) es fabricar una categoría de causas en contra de lo que impone la Constitución¹³. Destaca Gelli, citado por Amaya, que

⁹ MILLER, J. M. Control de constitucionalidad: el control político del Poder Judicial y sus límites en una democracia *ED*, 120-919, citado por AMAYA, J. C. ob. cit, p. 100

¹⁰ CSJN, *Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero*. Sentencia de 7 de setiembre de 1893. Véase <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Fallo-CULLEN.html> Consultado el 1 de agosto de 2022.

¹¹ Juez Varela en CSJN; *Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero*. En palabras del Magistrado: “*Las leyes políticas caen bajo el peso de los tribunales de la nación, que, sin vetarlas, pueden declararlas inocuas. Las cuestiones políticas son completamente ajenas al Poder Judicial, y sólo pueden resolverse por el Congreso y el Presidente de la República, siendo sus resoluciones obligatorias para todos los poderes y habitantes del país. En el caso de "Scott et al. v. Jones" (Howard, 5, pág. 371) se dijo a este respecto, que "la existencia de dos clases de cuestiones, a saber, judiciales y políticas, se ha reconocido por esta Corte, más de una vez, sobre una de las cuales alcanza su jurisdicción, pero no sobre la otra. La línea que separa estas dos clases de cuestiones nunca se ha trazado, sino que la Corte, sabiamente, se ha contentado con decidir en cada caso, si él quedaba a uno u otro lado de la línea. Cuando las decisiones sean más numerosas entonces se podrá tender la línea en toda su extensión, y asentar definitivamente una doctrina". Y la jurisprudencia se encuentra detenida ahí hasta este mismo momento, resolviéndose en unos casos un asunto, como cuestión política, para, en otros, fallar el mismo caso, como cuestión judicial*”

¹² Constitución de la Nación Argentina. Artículo 116.- *Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero*

¹³ BIDART CAMPOS, G. La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, *ED*. 9-918 y 919 citado por AMAYA, J.C. ob. cit, p. 103

“quizás por las críticas recibidas es que, en la década de 1990, la Corte Suprema argentina dejó de apelar de continuo a la mentada doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, en los casos en que rechazó el control de constitucionalidad. Pero tal abandono no ha significado un ensanchamiento de la revisión judicial. Lo que el tribunal hizo fue acudir a lo que en “*Marbury*” y también en “*Cullen*” se señaló, para rechazar lo demandado, como la inexistencia de agravio y por ende de legitimación, lo que constituía una cuestión política. Así por la vía de la falta de legitimación activa por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad”¹⁴

2. La cuestión ambiental como una cuestión constitucional. El desarrollo del constitucionalismo moderno y de la propia constitucionalización del derecho privado ha contribuido a una emancipación de un verdadero “Estado de Derecho Ambiental”. El desarrollo de esta concepción desde Río+20 y la propia OEA implica, según R. L. Lorenzetti y P. Lorenzetti, dos facetas: “1. aplicar la ley en toda su extensión; 2. interpretar el Estado de Derecho conforme con los principios ambientales”¹⁵. Y es que el “Estado de Derecho Constitucional” se constituyó como “un modo de establecer límites al poder estatal, económico y tecnológico o cognoscitivo”¹⁶.

La calificación de constitucional a la protección del ambiente produce dos grandes efectos: “declaración de inconstitucionalidad de leyes que lo afecten gravemente y pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del Derecho”¹⁷

Pero no se trata solo del control constitucional sino de “la fundamentación ética del Derecho que en materia ambiental tiene muchísima relevancia. Un Estado de Derecho Constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que se puede otorgar a esos derechos es que no sea derogados por las mayorías ni por el mercado. Ello debe ser entendido como una garantía de derecho mínimo. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros”¹⁸

En ese esquema de garantía constitucional, los principios están convocados a desempeñar un importante rol. Conforme enseña R. Alexy, los principios son “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de los principios y reglas que juegan en sentido contrario”¹⁹.

Dentro del elenco de principios ambientales de congruencia, prevención, precaución, responsabilidad, subsidiariedad, solidaridad, equidad intergeneracional, cooperación, *in dubio pro natura*, entre otros; el control constitucional merece consideración el principio de progresividad y su contracara, el principio de no regresión.

¹⁴ GELLI, M. “Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009), ponencia en Congreso Argentino de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009, citada por AMAYA, J.C. ob. cit, p. 103.

¹⁵ LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. Derecho Ambiental. Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, p.63

¹⁶ LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. ob. ci. p. 65.

¹⁷ LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. ob. ci. p. 67.

¹⁸ LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. ob. ci. p. 67.

¹⁹ ALEXY, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Revisa. Doxa* 1998, N° 5, p. 143

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

Conforme el art. 4 de la Ley 25.675 General de Ambiente, “los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”. Progresividad que también la encontramos en los Principios 9, 11 y 12 de la Declaración de Río²⁰ y en varios instrumentos internacionales (Declaración de Estocolmo, Principios 13 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, 3 y 53; Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 1, 2 y 29 literal b, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales arts. 2, 3, 4, 16, 24 y 25)

El principio de no regresión se presenta como una modesta garantía del Estado de Derecho Ambiental (y también en la protección de los Derechos Humanos) que solo pretende conservar lo logrado y no es necesario otros mandatos de optimización para su operatividad.

Al respecto, una cuestión de complejidad es cuando el propio poder judicial como garante de la protección de derechos y libertades incurre en regresión en la protección ambiental. Al respecto señalan Lorenzetti y Lorenzetti respecto del principio de no regresión que “un aspecto más complejo aún es el cambio de jurisprudencia de un tribunal en sentido de velar en menor medida un área protegida o alterar su propia tradición protectoria por un cambio interno de sus miembros.

En Salas, “*Dino y Otros c/ Salta, Provincia de, y Otro*” la CSJN respecto del principio precautorio pero trasladable a lo que venimos de analizar, señaló la CSJN que: “La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.”²¹

²⁰ Principio 9: Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras.

Principio 11: Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

Principio 12: Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.

Principio 13: Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

²¹ CSJN. *Dino y Otros c/ Salta, Provincia de, y Otro*, 26/03/2009. <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacional-amparo-fa11000202-2011-12-13/123456789-202-0001-1ots-eupmocsollaf>

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

En el fallo *Madorrán* de 3 de mayo de 2007 “la Corte consideró que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural a estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esa pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”²².

M. Valls señala que “La regresión ambiental se contradice con el derecho al ambiente. Por lo menos en el derecho ambiental que conocemos y tratamos de estudiar regresión implica transgredir el derecho humano al ambiente. Por lo tanto, toda norma o acto «regresivo» son antijurídicos. No son válidos. Todo menoscabo del derecho humano al ambiente es siempre una transgresión, sea regresiva o no con relación a una situación jurídica anterior.”²³

Entre los límites de la no regresión, “corresponde a la ciencia, a la política, a la ética y al derecho definir hasta qué límite puede admitírsele y quién, cuándo y cómo debe responder por ello. Los derechos de las personas sobre el ambiente ajeno sólo pueden emanar de normas jurídicas impuestas por el poder soberano. La pregunta sería entonces ¿Cuál es el límite de esa «no regresión»? La respuesta: El que fije la norma jurídica”²⁴

3. El cambio climático como objeto de regulación normativa y control judicial.

Señala C. Iglesias Darriba que “si bien el cambio climático se origina con la revolución industrial, dicho proceso se ha acelerado fuertemente en las últimas décadas. Esto ha sido puesto de relieve en un reciente informe del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)²⁵, que recuerda que, en el decenio de 2006-2015, la actividad humana había causado un calentamiento del planeta de casi 1 grado centígrado (exactamente $-0,87^{\circ}\text{C}$) ($\pm 0,12^{\circ}\text{C}$) en comparación con la era preindustrial (1850-1900)-; y que, de continuar al ritmo actual de calentamiento, el mundo llegará a un calentamiento provocado por la actividad humana de $1,5^{\circ}\text{C}$ aproximadamente en 2040. Este aumento de temperatura ($1,5^{\circ}\text{C}$) implicaría graves riesgos relacionados con la salud, los medios de subsistencia, la seguridad alimentaria, el suministro de agua, la seguridad humana y el crecimiento económico de la humanidad, entre muchos otros parámetros”²⁶

El objetivo 15 de Desarrollo Sostenible de ONU, en acción por el clima, dispone adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.²⁷

²² LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. ob. cit. p. 135-136

²³ VALLS, M. “La ‘regresión’ acecha al Derecho Ambiental. La Doctrina está alerta” en CHACÓN PEÑA, M. *El principio de no regresión ambiental en Latinoamérica*. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N° 84, 2015, p. 37

²⁴ VALLS, M. ob. cit. p. 46.

²⁵ Según nota del autor en cita: Intergovernmental Panel on Climate Change. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) fue creado en 1988 para facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta.

²⁶ IGLESIAS DARRIBA, C. *Cambio climático: Cuáles son los tres grandes objetivos de la Ley 27.520. Y cómo cumplirlos sin dejar de desarrollarnos*. www.saij.gob.ar 5 de Junio de 2020.

²⁷ El 2019 fue el segundo año más caluroso de todos los tiempos y marcó el final de la década más calurosa (2010-2019) que se haya registrado jamás. Los niveles de dióxido de carbono (CO₂) y de otros gases de efecto invernadero en la atmósfera aumentaron hasta niveles récord en 2019. El cambio climático está afectando a todos los países de todos los continentes. Está alterando las economías nacionales y afectando a distintas vidas. Los

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

En cuanto al marco normativo corresponde señalar la Ley N° 24.295 por la que se aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (promulgada el 30 de diciembre de 1993); la Ley 25.438 que aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención de Cambio Climático, Ley 24.295. La ley 20.284 sobre Normas para la preservación de los recursos del aire. En lo relativo a la protección de la capa de ozono cabe mencionar la Ley 23.778 que aprueba el Protocolo de Montreal de sustancias que agotan la capa de ozono; la Ley 25.389 sobre Enmiendas al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y algunas de las Enmiendas al Protocolo referidas a compuestos químicos (Ley 24.040, 24.167, 24.428) entre otras.

El 12 diciembre de 2015, en la COP21 de París, los Estados Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático celebran un pacto histórico en la lucha contra el cambio climático a efectos de acelerar e intensificar las acciones e inversiones destinadas a construir un futuro sostenible con bajas emisiones de carbono. El objetivo común de las naciones es realizar los esfuerzos necesarios para revertir el curso actual del calentamiento global. La Ley 27.270 ratifica el Acuerdo ingresando Argentina al elenco de país partes del mismo.

Por su parte, la Ley 27.520 de 20 de diciembre de 2020 dispuso los Presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global estableciendo tres objetivos principales en su art. 2: a) establecer las estrategias, medidas, políticas e instrumentos relativos al estudio del impacto, la vulnerabilidad y las actividades de adaptación al Cambio Climático que puedan garantizar el desarrollo humano y de los ecosistemas; b) asistir y promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país; c) reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el Cambio Climático, protegerlos de sus efectos adversos y aprovechar sus beneficios.

Respecto del primer objetivo, cabe señalar que “la vulnerabilidad es la propensión o predisposición a ser afectado negativamente por el clima. Es un concepto que incluye la sensibilidad o susceptibilidad al daño y la falta de capacidad de respuesta y adaptación (IPCC, 2018). La propia ley define la vulnerabilidad en su artículo 3° como la sensibilidad o susceptibilidad del medio físico, de los sistemas naturales y de los diversos grupos sociales a sufrir modificaciones negativas que puedan producirse por los efectos del cambio climático, incluida la variabilidad climática y los fenómenos extremos. La vulnerabilidad está en función del carácter, magnitud y velocidad de la variación climática al que se encuentra expuesto un sistema natural o humano, su sensibilidad y su capacidad de adaptación”²⁸. Por adaptación cabe entender “la reducción de la vulnerabilidad, mediante la búsqueda de oportunidades y la construcción de capacidades locales. Esto es válido tanto para la adaptación de los sistemas humanos y sociales como de los sistemas naturales. La adaptación es una intervención humana de naturaleza local, y con una finalidad local. Está prevista para remediar un daño presente o inminente.”²⁹

El mencionado objetivo debe necesariamente analizarse desde la perspectiva del principio de progresividad (art. 4 Ley General de Ambiente 25.675), verdadera contracara de la no regresión, y que responde a las ideas de “temporalidad, de involucramiento paulatino, de

sistemas meteorológicos están cambiando, los niveles del mar están subiendo y los fenómenos meteorológicos son cada vez más extremos. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>

²⁸ IGLESIAS DARRIBA, C. Ob. cit.

²⁹ IGLESIAS DARRIBA, C. ob cit.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

concientización y de adaptación; es por ello que se entiende que la idea de progresividad recogida en la ley 25.675 es entendida en un sentido de gradualidad temporal, no sustancial o material, en otras palabras la formula trasluce una idea temporal (y no una progresividad de contenidos)”³⁰

José Esaín, señala que la progresividad tiene dos cargas que se vinculan con interpretaciones más o menos conservadoras del mencionado principio, y que dicen clara relación con los hechos que analizamos. El autor habla de “dos caras de una misma moneda” y expresa que “por un lado la progresividad, que implica la obligación de adaptar soluciones graduales y dejar de lado cortes drásticos en favor de la protección del entorno”, teniendo presente que “la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual”³¹ Y por otra parte el principio debe ser analizado como “pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 2.1 Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que conforma el bloque de constitucionalidad luego de la reforma de 1994, art. 75 inc. 22 CN)³².

Respecto de priorizar derechos individuales “imponiendo restricciones a la nueva facultad de policía ambiental que pose hoy el Estado, estamos ante un principio que se mostrará con base conservadora; pues se retrasa el desembarco del nuevo molde colectivo de sustentabilidad (...) el Estado no puede disminuir su esfuerzo protector”³³. Como bien señalaba M. Prieur “de forma excepcional, tan solo se deben tolerar regresiones que no se opongan a la búsqueda de un nivel elevado de protección del medio ambiente y protejan la esencia de los acervos medioambientales”³⁴

El segundo objetivo debe necesariamente vincularse con el principio de responsabilidades comunes en materia de adaptación y mitigación del cambio climático. Al respecto el art. 4 de la ley 27.520 en sede de principios, en su literal a) dispone “Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas: De acuerdo con este principio establecido en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), las decisiones en materia de prioridades, transferencia tecnológica y de fondos, deberán tener en cuenta el reconocimiento histórico de la responsabilidad desigual por los daños del calentamiento global”

La norma no es más que la recepción del principio 1º, art. 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático: "Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: 1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio

³⁰ CAFFERATTA, Néstor A. “reformulación DEL Principio de Progresividad a diez años de la Ley 25.675 Genral de Ambiente. Avances y Novedades” en *Revista de Derecho Ambiental*. Vol. 31 Julio/Setiembre 2012, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 12.

³¹ ESAÍN, J. A. “El principio de progresividad en materia ambiental” en *Revista JA* 2007 IV, 11, fasc. 2 p.11

³² ESAÍN, J.A. ob. cit. p. 11.

³³ ESAÍN, J.A. ob. cit. p. 11.

³⁴ PRIEUR, Michel, “El nuevo principio de no regresión en el derecho ambiental”, Acto de investidura de Doctor honoris causa. Universidad de Zaragoza, España 21 de junio de 2010. https://honoris.unizar.es/sites/honoris.unizar.es/files/discursos/discurso_michel_prieur.pdf

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”.

Al respecto señala Iglesias que “Respecto del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas “debemos tener presente que es por demás injusto someter a los países en desarrollo a las limitaciones que, en materia de mitigación, deberían ser soportadas únicamente por los países desarrollados. De hecho, los primeros, como la Argentina, no tuvieron la oportunidad de explotar intensamente los recursos naturales durante la era industrial para satisfacer sus necesidades económicas (como sí lo hicieron los países desarrollados) y, por lo tanto, no son los principales responsables del problema que hoy conocemos como cambio climático”.

Finalmente, el tercer objetivo de la Ley 27.520 procura reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el Cambio Climático, protegerlos de sus efectos adversos y aprovechar sus beneficios. Como puede apreciarse hay un claro reconocimiento de la vulnerabilidad tanto humana como de la naturaleza frente a los desafíos del cambio climático. Vulnerabilidad que en los términos del art. 3 de la ley implica sensibilidad o susceptibilidad del medio físico, de los sistemas naturales y de los diversos grupos sociales a sufrir modificaciones negativas que puedan producirse por los efectos del cambio climático, incluida la variabilidad climática y los fenómenos extremos. La vulnerabilidad está en función del carácter, magnitud y velocidad de la variación climática al que se encuentra expuesto un sistema natural o humano, su sensibilidad y su capacidad de adaptación (art. 3 ley 27.520). Vulnerabilidad presente en varias de las disposiciones de la ley (art. 4, literal c, art. 18 literal b, art. 19 literal h, art. 20 literal b, art. 21, art. 22

Como señala Iglesias, “la reducción de la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales requiere fuertes políticas de Estado, coherentes y concretas, dado el concepto de “cambio climático” oculta uno más real y urgente, que es el de “crisis climática”, algo que está ocurriendo aquí y ahora, y cuya solución no puede esperar al año 2100, ni siquiera al año 2050”³⁵

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en “*American Trucking vs. Environmental Protection Agency*” resolvió sobre la “validez de los estándares que la Agencia de Protección del ambiente norteamericana EPA, fijó los niveles de ozono y hollín admisibles en el aire, aun cuando dichos parámetros resultaren más severos que los anteriormente vigentes, teniendo en consideración las necesidades de la salud pública y la seguridad, sin analizar la relación costo-beneficio, según el voto del juez Scalia”³⁶. Es posible afirmar que “desde Estocolmo (1972) a Río de Janeiro (1992) y en los años cercanos, se han solidificado las políticas preventivas de evitación de daños, de un uso más intenso de “injunctions y mandamientos de cesación”, de efectos paralizantes, al igual que una mayor información y comprensión de la gente, que es por donde debe pasar y “concretarse” el esfuerzo enderezado al logro de un “medio sano”. Trama que indica que el derecho ambiental será calificada compañía del jurista en los años inmediatos”³⁷

³⁵ IGLESIAS DARRIBA, C. Ob.cit.

³⁶ MORELLO. A M. - CAFFERATTA, N. A. “Las industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema” JA 2001-III-309 en CAFFERATTA, N. A. (dir) *Summa Ambiental*. Tomo III, Abeledo Perrot, 2011, p. 2039.

³⁷ MORELLO. A M. - CAFFERATTA, N. A. ob.cit. p. 2039

4. El cambio climático en la Justicia y el Principio de no regresión. Nos enfrentamos a tiempos ambientales difíciles en donde “la necesidad de descarbonizar la economía global, comprendiendo que el mayor aporte humano a los gases de efecto invernadero es el dióxido de carbono, el cual ha aumentado principalmente desde el inicio del uso masivo de los combustibles fósiles en los países industrializados, por eso su necesidad urgente de cesar en su generación en poco más de dos décadas, requiere el fortalecimiento de las estructuras de gobernanza internacional, el compromiso activo, dual de los estados nacionales en materia de políticas climáticas certeras, y la concientización y la movilización de una ciudadanía demandante, la cual con la información ambiental como estandarte, y no la reacción desde el desconocimiento, debe asumir este compromiso”³⁸.

Desde un punto de vista de protección judicial, la recepción de un verdadero paradigma ambiental que subyace en las decisiones judiciales, impone desde la propia Constitución Argentina, considerar que “el ambiente es un bien colectivo con las siguientes características: la indivisibilidad de los beneficios, puesto que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan (...) y el principio de no exclusión de beneficiarios, puesto que todos los individuos tienen derecho al medio ambiente, aún las generaciones futuras”³⁹

El cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad. Los peores impactos probablemente recaerán en las próximas décadas sobre los países en desarrollo.

Según el Papa Francisco en su *Laudatio Si*, “hay que mantener con claridad la conciencia de que en el cambio climático hay responsabilidades diversificadas (...) corresponde enfocarse “especialmente en las necesidades de los pobres, débiles y vulnerables, en un debate a menudo dominado por intereses más poderosos”⁴⁰. Necesitamos fortalecer la conciencia de que somos una sola familia humana. No hay fronteras ni barreras políticas o sociales que nos permitan aislarnos, y por eso mismo tampoco hay espacio para la globalización de la indiferencia”⁴¹ (...) nuestra incapacidad para pensar seriamente en las futuras generaciones está ligada a nuestra incapacidad para ampliar los intereses actuales y pensar en quienes quedan excluidos del desarrollo. No imaginemos solamente a los pobres del futuro, basta que recordemos a los pobres de hoy, que tienen pocos años de vida en esta tierra y no pueden seguir esperando. Por eso, “además de la leal solidaridad intergeneracional, se ha de reiterar la urgente necesidad moral de una renovada solidaridad intergeneracional”⁴²

El principio de progresividad y no regresión se ha aplicado en varias oportunidades por la SCJN. En *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, respecto del accionamiento por inconstitucionalidad de la ley de protección de glaciares, la CSJN expresó: En su texto se tuvo presente que para dar una respuesta "progresiva y eficaz a la amenaza apremiante del cambio climático" debía reconocerse la "importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio

³⁸ NONNA, S. NOCERA, F. BARRETO, F. “Cambio Climático. El día que el principio de equidad intergeneracional dijo “es mi turno, el futuro no puede esperar. hic et nunc” en *Revista Jurídica de Buenos Aires* Año 45, Número 100, 2020-I, p. 134

³⁹ LORENZETTI, R. L. *Teoría de la Decisión Judicial*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2006, p. 446

⁴⁰ FRANCISCO, Papa. *Cara Encíclica Laudatio Si. Sobre el cuidado de la casa común*. Ed. Palabra, 2015 N° 52 p. 44.

⁴¹ FRANCISCO, Papa, ob. cit. N° 52, p. 44-45.

⁴² FRANCISCO, Papa, ob. cit. N° 162, p. 126 – 127.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

climático, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos y los fenómenos de evolución lenta, y la contribución del desarrollo sostenible a la reducción del riesgo de pérdidas y daños (artículo 8° del Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015, 21° Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático). Que, así, la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental. En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de "justicia climática" entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad”⁴³

En *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas*, de 16 de julio de 2020, expresa la Corte que “el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad. Se recurrirá para ello al principio de progresividad, el cual establece que: "Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos" (art. 40 Ley General del Ambiente, 25.675). Dicho principio es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema”⁴⁴

Respecto del principio de no regresión en sede jurisdiccional se ha señalado que “en los casos en los cuales se plantee la revisión judicial de medidas eventualmente regresivas, el juez deberá evaluar la razonabilidad-irrazonabilidad de la reglamentación del derecho fundamental, en ese caso el derecho a un ambiente sano de las generaciones presentes y futuras no puede ser alterado en su esencia. La utilización del principio de no regresión en materia ambiental implica que los jueces para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de medidas eventualmente regresivas tendrán que realizar un juicio de razonabilidad agravado por la prohibición de regresión, en este sentido el principio de no regresión ambiental agrega un nuevo estándar de razonabilidad dado que “la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del Derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce”⁴⁵

Según G. Sozzo el juicio de razonabilidad se manifiesta en: “a) una presunción de ilegitimidad de la medida restrictiva que se traduce en una inversión de la carga de la prueba, incumbiendo al Estado acreditar que pese a ser una medida restrictiva, se encuentra justificada;

⁴³ CSJN "*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*", 4 de junio de 2019 <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-barrick-exploraciones-argentinas-sa-otro-estado-nacional-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa19000057-2019-06-04/123456789-750-0009-1ots-eupmocsollaf>?

⁴⁴ CSJN *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-provincia-pampa-provincia-mendoza-uso-aguas-fa17000056-2017-12-01/123456789-650-0007-1ots-eupmocsollaf>

⁴⁵ BIANCHI, L. “El principio de no regresión ambiental en la Argentina. Algunas aproximaciones sobre su funcionamiento” en CAFFERATTA, N. A. – TERZI, S. *Derecho ambiental. Dimensión Social*, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 171

b) en una exigencia de argumentación agravada en relación a la necesidad de la medida que debe estar basada en razones de imperiosa urgencia”⁴⁶

5. La Corte de Justicia de Estados Unidos, una discusión lingüística y una visión conservadora del cambio climático: *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al*⁴⁷. En julio de 2022 varios portales de noticia daban cuenta de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en los que había un giro copernicano que definitivamente pueden ser analizados desde el principio de no regresión que se ha convertido en el nuevo garante de la tutela de derechos fundamentales. El portal de noticias “France24” titulaba “La Corte Suprema de Justicia, emblema y víctima de la polarización en Estados Unidos”⁴⁸.

Previamente el 30 de junio del mismo año el portal de noticias titulaba: “La Corte Suprema de EE. UU. da un revés a la lucha contra el cambio climático”; “En un nuevo fallo, el Tribunal máximo estadounidense socavó la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) para fijar regulaciones que rijan en todo el país contra las emisiones de gases contaminantes. Nuevamente con una sentencia de 6-3 a favor de los conservadores, esta resolución beneficia a las megaempresas mineras y petroleras del país y dificulta las políticas de la Casa Blanca para combatir la crisis medioambiental”⁴⁹.

El 30 de junio de 2022 la Suprema Core de Justicia de Estados Unidos decide sobre un recurso presentado por varios Estados contra la Agencia de Protección Ambiental respecto de la nueva reglamentación sobre control de emisiones de carbón y su impacto ambiental en especial en el cambio climático⁵⁰. Definitivamente que el cambio de posturas políticas en el alto tribunal ha significado un cambio drástico en el análisis de la cuestión y el paradigma ambiental y el paralogsimo de falsa oposición entre protección del ambiente y protección de libertades y derechos individuales (como los de empresa, comercio e industria)⁵¹

⁴⁶ SOZZO, G. “El principio de no retroceso en el campo de la etoria jurídica: el progreso como perduarabilidad para las generaciones” en PRIEUR, M - SOZZO, G *La non regression en droit de l’environment*, citado por BIANCHI, L. ob. cit. p. 171

⁴⁷ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. No. 20–1530. Argued february 28, 2022—decided june 30, 2022* https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf

⁴⁸ Portal de “France 24” titulaba “*La Corte Suprema de Justicia, emblema y víctima de la polarización en Estados Unidos*”⁴⁸ (19 de julio de 2022). “*En las últimas semanas, la Corte Suprema de Estados Unidos ha tomado algunas de sus más polémicas decisiones, derogando la protección federal del derecho al aborto, legitimando el uso de armas en el espacio público o complicando la lucha contra la crisis climática. Decisiones que no son apoyadas por la mayoría de los estadounidenses y que hacen cuestionar el papel y la legitimidad del Alto Tribunal, de mayoría conservadora.*” <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20220719-la-corte-suprema-de-justicia-emblema-y-v%C3%ADctima-de-la-polarizaci%C3%B3n-en-estados-unidos>

⁴⁹ Portal de France 24. “*La Corte Suprema de EE. UU. da un revés a la lucha contra el cambio climático*” <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20220630-la-corte-suprema-de-ee-uu-da-un-rev%C3%A9s-a-la-lucha-contra-el-cambio-clim%C3%A1tico>

⁵⁰ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. No. 20–1530. Argued february 28, 2022—decided june 30, 2022* https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf

⁵¹ MARIÑO LÓPEZ, A. “Bases del Derecho de Daños al Medio Ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* Tomo XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2006, Señala A. MARIÑO que “El conflicto entre dos supuestos opuestos constituidos por la industrialización contaminante beneficiosa para las clases carenciadas y crecimiento económico, frente a la protección del medio ambiente con mantenimiento de la pobreza y decrecimiento, es considerado una falacia. Constituye un paralogsimo de falsa oposición contraponer, de una parte a la

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

La polarización que da cuenta la noticia, respecto de la integración del Alto Tribunal Norteamericano, traduce una vieja contienda entre derechos individuales y colectivos, y los límites del poder estatal y desde la perspectiva del presente estudio monográfico el conflicto entre el principio de progresividad y la no regresión en protección del ambiente como una emanación de la tutela de los derechos humanos y de la prevención de daño.

El análisis de los votos y decisión de la mayoría dan cuenta del conflicto entre la progresividad y la no regresión frente a la libertad de empresa e industria y el voto de la minoría reclama la tradicional y emblemática lucha de la EPA frente al cambio climático. El conflicto sucede en medio de cambios de Administración del Poder Ejecutivo en Estados Unidos, la salida de la COP21 de París en la Presidencia de D. Trump y el regreso en la Presidencia de J. Biden.

El fallo analiza las potestades de la Agencia de Protección Ambiental de EEUU para el control y regulación de los niveles de emisión de gases con efecto invernadero en una reciente reforma. El control que realiza la agencia data desde 1963 desde la “Clean Air Act”⁵² por medio de la cual la Agencia, sin perjuicio del control de cada Estado, determinaba los límites de las emisiones que debían de cumplir las empresas o establecía “*the best system of emission reduction*” (BSER)⁵³.

Ahora bien, en 2015 la Agencia promulga el Plan de Energía Limpia y establece que las plantas a carbón y gas natural debían adecuarse a tres bloques de regulación (“*building blocks*”). El primer bloque refiere a las mejoras de las tasas de calor en las plantas a base de combustibles fósiles (“*heat rate improvements*” at coal-fired plants), disponiendo medidas de control similares a las aplicadas anteriormente bajo la Sección 111 de la ley citada. Pero los bloques dos y tres del nuevo Plan implicaban un cambio sustancial ante los efectos del cambio climático: el cambio en la matriz energética. El bloque dos implicaba un cambio de generación de las centrales eléctricas de carbón ya existentes y su conversión a plantas de gas natural que producirán más energía limpia. El bloque tres también implicaba un cambio en la matriz de generación energética respecto de las plantas de carbón y gas, a energías renovables como eólica y solar. Todo un gran cambio en dónde las BSER (“*best system of emission reduction*”) implican la conversión de la matriz energética a fuentes más limpias.

industrialización que produce satisfacción inmediata de necesidades de empleo, mejorando directamente a las clases sociales más carenciadas y promoviendo el crecimiento global, y de otra a la protección del medio ambiente y de las generaciones futuras, que mantiene el desempleo y la pobreza en las generaciones actuales y la falta de desarrollo (...) la oposición debe plantearse entre dañar al medio ambiente o no” MARIÑO LÓPEZ, A. “Bases del Derecho de Daños al Medio Ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* Tomo XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2006, p. 649

⁵² “[The Plain English Guide to the Clean Air Act](https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-08/documents/peg.pdf)” (PDF). Washington, DC: US Environmental Protection Agency (EPA). April 2007. p. 19. EPA 456/K-07-001 <https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-08/documents/peg.pdf> <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/clean-air-act-text>

⁵³ Señala el fallo: “*In 2015, the Environmental Protection Agency (EPA) promulgated the Clean Power Plan rule, which addressed carbon dioxide emissions from existing coal- and natural-gas-fired power plants. For authority, the Agency cited Section 111 of the Clean Air Act, which, although known as the New Source Performance Standards program, also authorizes regulation of certain pollutants from existing sources under Section 111(d). 42 U. S. C. §7411(d). Prior to the Clean Power Plan, EPA had used Section 111(d) only a handful of times since its enactment in 1970. Under that provision, although the States set the actual enforceable rules governing existing sources (such as power plants), EPA determines the emissions limit with which they will have to comply. The Agency derives that limit by determining the “best system of emission reduction. . . that has been adequately demonstrated, or the BSER, for the kind of existing source at issue”*

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

El plan fue suspendido en su ejecución en el año 2016 y cuando se produce el cambio de las administraciones presidenciales es derogado (2019) en el entendido que la autoridad estatutaria se había excedido en virtud de la Ley vigente y su Sección 111. La discusión sobre si estábamos ante una cuestión política excluida del control judicial o ante una que requería una expresa manifestación del Congreso ingresó en la Corte ante la solicitud de varios Estados que propugnaban la declaración de inconstitucional del Plan. La mayoría resuelve declarando la ilegalidad del Plan de Energía Limpia, anulándolo (el que por cierto nunca había entrado en vigor). Dicha mayoría la integra los Jueces J. C. Roberts (redactor de la opinión de la Corte en el caso), Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Barreto adhieren; Gorsuch expresa un voto concurrente al que adhiere Alito. El Juez Kagan expresa su voto disidente, al que se adhieren los Jueces Breyer y Sotomayor. Analicemos algunos pasajes de la sentencia en relación con el objeto de esta investigación.

El voto de la mayoría reseña los tres programas regulatorios de la EPA para controlar la contaminación (“Programa de Estándares de Desempeño de nuevas fuentes” que ha sido el objeto de discusión de la corte – “*New Source Performance Standards program*” of Section 111 -); “Programa de Estándares Nacionales de Calidad de Aire Ambiental”⁵⁴ y el “Programa de Contaminantes de Aire Peligrosos”.⁵⁵

El segundo de los nombrados procura determinar la concentración máxima en el aire del contaminante que la salud pública puede tolerar sin que la EPA determine que fuentes deben reducir su contaminación y cuánto deben cumplir con el objetivo contaminación ambiental (en opinión del Juez Roberts). En tanto que el tercer programa de Contaminantes Peligrosos refiere a los contaminantes, además de los que ya están cubiertos por el programa anterior, que representan “una amenaza de efectos adversos para la salud humana”, incluidas las sustancias que se sabe o se anticipa que son “carcinogénicas, mutagénicas, teratogénicas, neurotóxicas” o “de forma aguda o aguda”. crónicamente tóxico”.

En palabras del fallo de la mayoría se señala que “la EPA debe exigir directamente que todas las fuentes cubiertas reduzcan sus emisiones a un cierto nivel. Y elige ese nivel determinando el “máximo grado de reducción” que considera “alcanzable” en la práctica utilizando las mejores tecnologías y métodos existentes. Por lo tanto, en el lenguaje de la ley ambiental, la Sección 112 ordena a la Agencia que los imponga” (Juez Roberts).

El esquema de control de la contaminación del aire bajo el “*Programa de Normas de Desempeño de Nuevas Fuentes de la Sección 111*” es más ambicioso. Ordena a la EPA que enumere las “categorías de fuentes estacionarias” que determina que “causan” o “contribuyen significativamente” a la contaminación del aire y que se puede anticipar que razonablemente pongan en peligro la salud o el bienestar públicos

Es así que bajo la Sección 111(b) de la Ley de Aire Limpio, la Agencia debe promulgar para cada categoría “Estándares federales de desempeño para fuentes nuevas”. Un “estándar de desempeño” es aquel que “refleja el grado de limitación de emisiones que se puede lograr a través de la aplicación del mejor sistema de reducción (teniendo en cuenta el costo de lograr dicha reducción y la protección de la salud y seguridad). Por lo tanto, en palabras del Juez Richards “el estatuto ordena a la EPA (1) “determinar, teniendo en cuenta varios factores,

⁵⁴ National Ambient Air Quality Standards (NAAQS) program, set out in Sections 108 through 110 of the Act, 42 U. S. C. §§7408–7410.

⁵⁵ Hazardous Air Pollutants (HAP) program, set out in Section 112, §7412.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

el “mejor sistema de reducción de emisiones que ha sido adecuadamente demostrado como eficiente”, (2) determinar el “grado de limitación de emisiones alcanzable a través de la aplicación” de ese sistema, y (3) imponer un límite de emisiones a las nuevas fuentes estacionarias que “refleje” esa cantidad.

Ahora bien, señala la mayoría en su análisis de los hechos, que el sistema cambió drásticamente en 2015 cuando EPA promulga dos nuevas reglas una para plantas industriales existentes y otra para nuevas que procuraban un mayor control del dióxido de carbono como contaminante del aire que pone en peligro la salud y el bienestar público. Por la primera regla se disponen límites federales de emisión de carbono para nuevas centrales eléctricas con combustibles fósiles (a carbón en su mayoría) y turbinas de gas natural. Para dichas plantas se entendió que el mejor sistema (BSER) era procurar procesos de producción de alta eficiencia y tecnología de captura de carbono. Para las plantas existentes los tres bloques antes descriptos y un cambio de la matriz energética con un paso a energía limpia principalmente eólica y solar. Ese cambio será en definitiva el motivo de las opiniones diversas de los miembros de la Corte, un enfrenamiento que definitivamente refiere al paralogismo de falsa oposición ya señalado.

El problema aquí es si la reestructuración de la combinación general de generación de electricidad de la Nación, para pasar de 38 % de carbón a 27 % de carbón para 2030, puede ser el “mejor sistema de reducción de emisiones” en el sentido de la Sección 111. Es un canon fundamental de la construcción legal que las palabras de un estatuto deben leerse en su contexto y con miras a su lugar en el esquema legal general.

La mayoría expresa que es cierto que antes de 2015, la EPA siempre había establecido límites de emisiones según la Sección 111 con base en la aplicación de medidas que reducirían la contaminación al hacer que la fuente regulada opere de forma más limpia. Nunca había ideado un tope buscando un “sistema” que reduciría la contaminación simplemente “cambiando” la actividad contaminante “de fuentes más sucias a fuentes más limpias”. Por lo que la discusión entre los miembros parece centrarse en la determinación del alcance del mejor “sistema” para la reducción de emisiones y si el cambio de matriz forma parte del “mejor sistema”.

Agregan, de forma clara, señala que “hay pocas razones para pensar que el Congreso asignó tales decisiones a la Agencia” y “consideramos que es muy poco probable que el Congreso deje a la discreción de la agencia la decisión de cuánta generación a base de carbón debería haber en las próximas décadas”. “Limitar las emisiones de dióxido de carbono a un nivel que obligue a una transición a nivel nacional para dejar de usar carbón para generar electricidad puede ser una “solución a la crisis actual” sensata. Pero no es plausible que el Congreso le diera a la EPA la autoridad para adoptar por sí misma tal esquema regulatorio con base en la Ley de Aire Limpio. Una decisión de tal magnitud y consecuencia recae en el propio Congreso, o en una agencia que actúe en virtud de una clara delegación de ese órgano representativo. Se revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia y los casos se remiten para procedimientos adicionales de conformidad con la opinión de la mayoría.

La disidencia, en minoría de los Jueces Kagan, Breyer y Sotomayor es concluyente frente a la opinión de la nueva mayoría conservadora de la Corte. Expresan “Hoy, la Corte despoja a la Agencia de Protección Ambiental del poder que le otorgó el Congreso para responder al “*desafío ambiental más apremiante de nuestro tiempo*”. Las causas y los peligros del cambio climático ya no están sujetos a serias dudas. La ciencia moderna es inequívoca en

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

que, en particular, la emisión de gases de efecto invernadero como el dióxido de carbono, ha calentado la atmósfera, el océano y la tierra.⁵⁶

Expresan que “si continúa la tasa actual de emisiones, los niños nacidos este año podrían vivir para ver partes de la costa este tragadas por el océano. El aumento de las aguas, el calor abrasador y otras condiciones climáticas severas podrían forzar "eventos de migración masiva, crisis políticas, disturbios civiles e "incluso el fracaso del Estado" (citando un informe del Departamento de Defensa, sobre “Análisis de Riesgo Climático” de 2021). Y para finales de este siglo, el cambio climático podría ser la causa de 4,6 millones de muertes anuales en exceso”.

Según la disidencia “El Congreso encargó a la EPA que abordara esos daños potencialmente catastróficos, incluso a través de la regulación de las centrales eléctricas alimentadas con combustibles fósiles. La Sección 111 de la Ley de Aire Limpio ordena a la EPA que regule las fuentes estacionarias de cualquier sustancia que “cause o contribuya significativamente a la contaminación del aire” y que “se pueda anticipar razonablemente que ponga en peligro la salud o el bienestar público”. El dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero se ajustan a esa descripción” (...) “Los límites que la mayoría pone ahora a la autoridad de la EPA van en contra del estatuto que escribió el Congreso. La mayoría dice que simplemente “no es plausible” que el Congreso permitiera a la EPA regular las emisiones de las centrales eléctricas a través del cambio de generación. Pero eso es exactamente lo que hizo el Congreso cuando autorizó ampliamente a la EPA en la Sección 111 para seleccionar el "mejor sistema de reducción de emisiones" para las centrales eléctricas”.

La discusión se da en el principal país emisor de gases de efecto invernadero. El relevo generacional es de hecho el “mejor sistema” (BSER), y según la minoría, ninguna otra disposición en la Ley de Aire Limpio sugiere que el Congreso tuvo la intención de impedir que la EPA seleccionara ese sistema; por el contrario, el enfoque normativo del Plan encaja a la perfección con el resto del estatuto.

La Ley de Aire Limpio fue una legislación importante, diseñada para tratar un problema importante de política pública. Su objetivo era “acelerar, expandir e intensificar la guerra contra la contaminación del aire” en todas sus formas, según el propio Congreso. O como reconoció de manera similar la propia Corte “la Ley fue un “remedio drástico a lo que se percibía como un problema grave e incontrolable”. (*Unión Elec. Co. v. EPA*, 427 US 246, 256 (1976))”.

Entonces, ¿la expresión “sistema” (BSER), es un término amplio que concede amplias potestades o es un término vago que marca restricciones? En el voto de la minoría se expresa que “el Congreso usó una palabra obviamente amplia (aunque rodeándola de restricciones) para darle a la EPA mucha libertad para decidir cómo establecer límites de emisiones. Y contra la mayoría, no es lo mismo un término amplio que uno “vago”. Un término amplio es comprensivo y extenso; un término "vago" es poco claro, ambiguo y confuso. (Una vez más, los diccionarios contarían la historia). Así que la EPA tenía razón al afirmar en el Plan de Energía Limpia que el “significado simple” del término “sistema” en la Sección 111 se refiere a “un conjunto de medidas que funcionan juntas para reducir las emisiones”. Y el cambio

⁵⁶ “Today, the Court strips the Environmental Protection Agency (EPA) of the power Congress gave it to respond to “the most pressing environmental challenge of our time.” Climate change’s causes and dangers are no longer subject to serious doubt. Modern science is “unequivocal that human influence”—in particular, the emission of greenhouse gases like carbon dioxide—“has warmed the atmosphere, ocean and land.”

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

generacional encaja cómodamente dentro del significado convencional de un “sistema de reducción de emisiones”.

Señala la minoría que “el Congreso, ha dicho este Tribunal, sabe hablar en términos claros cuando desea circunscribir, y en términos amplios cuando desea ampliar, la discreción de la agencia”. En la Sección 111, el Congreso habló en términos amplios. Sabía que “sin flexibilidad regulatoria, las circunstancias cambiantes y los desarrollos científicos pronto dejarían obsoleta la Ley de Aire Limpio” (...) Ese sistema puede ser de naturaleza tecnológica; puede ser cualquier otra cosa que la mayoría tenga en mente; o, lo más importante aquí, puede ser el cambio de generación. Al estatuto no le importa. Y cuando el Congreso usa “lenguaje expansivo” para autorizar la acción de la agencia, los tribunales generalmente no pueden “imponer límites a la discreción de la agencia”. Esa restricción a la autoridad judicial, esa insistencia en la modestia judicial, debería resolver este caso”.

Sobre el rol llamado a cumplir por el tribunal cuando la ley delega en las agencias, expresan que “a lo largo del tiempo las delegaciones administrativas que ha realizado el Congreso han ayudado a construir una Nación moderna. El Congreso quería que menos trabajadores murieran en accidentes industriales. Quería prevenir los accidentes aéreos y reducir la letalidad de los accidentes automovilísticos. Quería asegurarse de que los productos de consumo no se incendiaran. Quería detener la adulteración rutinaria de alimentos y mejorar la seguridad y eficacia de los medicamentos. Y quería aire y agua más limpios. Si un estadounidense pudiera retroceder en el tiempo, se sorprendería de cuánto progreso se ha producido en todas esas áreas. No sucedió solo a través de la legislación. Ocurrió porque el Congreso otorgó amplios poderes a las agencias administrativas, y esas agencias luego completaron, regla por regla, los lineamientos de la política del Congreso. Históricamente, este Tribunal ha sabido lo suficiente como para no estorbar”.

Respecto a la constitucionalidad de las delegaciones expresa finalmente el voto de la minoría que “en resumen, cuando se trata de delegaciones, hay buenas razones para que el Congreso (dentro de límites extremadamente amplios) tome las decisiones. El Congreso sabe cómo funciona el gobierno de maneras que los tribunales no saben. Más específicamente, el Congreso sabe qué combinación de acción legislativa y administrativa conduce a una buena política. Los tribunales deben ser modestos. Hoy, la Corte no lo es. La Sección 111, leída de manera más natural, autoriza a la EPA a desarrollar el Plan de Energía Limpia, en otras palabras, a decidir que el cambio de generación es el “mejor sistema de reducción de emisiones” para las centrales eléctricas que producen dióxido de carbono. Evaluar los sistemas de reducción de emisiones es lo que hace la EPA. Y nada en el resto de la Ley de Aire Limpio, o cualquier otro estatuto, sugiere que el Congreso no tuvo la intención de que la delegación que escribió llegara tan lejos como dice el texto. Al reescribir ese texto, la Corte sustituye sus propias ideas sobre las delegaciones por las del Congreso. Y eso significa que la Corte sustituye sus propias ideas sobre la formulación de políticas por las del Congreso. La Corte no permitirá que la Ley de Aire Limpio funcione como lo instruyó el Congreso. La Corte, en lugar del Congreso, decidirá cuánta regulación es demasiada. El objeto de la regulación aquí hace que la intervención de la Corte sea aún más preocupante”.

Para concluir, expresa la minoría de forma rotunda que “cualquier otra cosa que este Tribunal pueda saber, no tiene ni idea sobre cómo abordar el cambio climático. Y digamos lo obvio: hay mucho en juego aquí. Sin embargo, hoy la Corte impide que una agencia autorizada por el Congreso actúe para reducir las emisiones de dióxido de carbono de las centrales eléctricas. La Corte se designa a sí misma, en lugar del Congreso o de la agencia de

expertos, como la persona que toma las decisiones sobre la política climática. No puedo pensar en muchas cosas más aterradoras. Respetuosamente, disiento”⁵⁷.

6. Determinar el mejor “sistema” de reducción de emisiones: ¿una mera cuestión lingüística o ambiental? La discusión ¿era meramente lingüística sobre el alcance del contenido de cuáles era los “sistemas” para la regulación y control de las emisiones; o claramente subyacía una discusión política ambiental mayor? Definitivamente que se da en el presente caso el paralogismo de falsa oposición y la preocupación de la mayoría de la Corte de los cosos de implementación del nuevo Plan (condenado al ostracismo). Vemos algunas reflexiones finales.

Desde el punto de vista del Análisis Económico de Derecho, la sociedad ya no desea internalizar los daños ambientales derivados del desarrollo de la sociedad del riesgo en la que vive (ya sea desde el subsidio de las empresas por parte de los gobiernos hasta la transferencias de los daños que produce al sistema de precios, ya que al sistema de seguros es bastante más difícil – o imposible – que las mismas logren la asegurabilidad), por lo que la tensión se produce entre la protección del ambiente y el desarrollo económico de empresas que polucionan, y a las que se les exigirán nuevos mecanismos de protección, con nuevas tecnologías, con una nueva traslación de costos, pero ahora con posibles conflictos; incluso también con la ética y con lo que realmente está dispuesta la sociedad a tolerar.

Conflictos que se acentúan más desde el sub-desarrollo, donde – en ocasiones – se antepone el beneficio social, aún a costa de que el daño ambiental (también económicamente ineficiente, como todo daño externalizado) sea absorbido por todos nosotros. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, podemos afirmar que históricamente se subsidió el desarrollo económico, ya que “...los costos ambientales se consideraron externalidades negativas que debían ser soportadas por la sociedad. Como consecuencia de este principio, las empresas cuyas actividades contaminan no toman en cuenta estos costos, pues son transferidos a otras personas o a la comunidad en su conjunto, recibiendo sólo el beneficio por su actividad. Al externalizar estos costos no tienen incentivos en reducir su nivel de polución que causan con la producción de bienes y servicios rentables...”⁵⁸.-

Pero el problema se presenta cuando comienzan a “internalizarse” esos costos por la empresa contaminante, sea por la vía de indemnizaciones (todo un tema el de la aplicación de eventuales multas civiles y la administración de los fondos resultantes), multas o la obligación de imponerles “una tecnología limpia”, cuando vemos que la “...sociedad ya no quiere soportarlos...”⁵⁹ Se construye así “...un nuevo modelo de relación entre la empresa y la sociedad en relación a las externalidades, altamente complejo y conflictivo”⁶⁰. Así lo colectivo entra en conflicto con lo individual, lo económico con lo ambiental. A pesar que no debería serlo.

⁵⁷ “The subject matter of the regulation here makes the Court’s intervention all the more troubling. Whatever else this Court may know about, it does not have a clue about how to address climate change. And let’s say the obvious: The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb powerplants’ carbon dioxide emissions. The Court appoints itself—instead of Congress or the expert agency—the decision-maker on climate policy. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent.”

⁵⁸ LORENZETTI, R. L. Teoría, ob.cit. p. 429.

⁵⁹ LORENZETTI, R. L. Teoría, ob.cit. p. 429.

⁶⁰ LORENZETTI, R. L. Teoría, ob.cit. p. 429.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

Resulta por demás ilustrativo el ejemplo propuesto por Lorenzetti cuando reseña la obra “El enemigo del Pueblo” (1882) de Isben, dramaturgo noruego. La obra trata de “...un médico de un balneario que comprueba que las aguas están contaminadas por la derivación de líquidos cloacales; en el primer acto se le rinden honores por el aporte realizado a la comunidad; posteriormente, al saber que había que cerrar el balneario, única fuente de ingresos del pueblo, reaccionan los propietarios, los trabajadores, la prensa, el intendente y todo concluye en el último acto con una asamblea que lo declaran “enemigo del pueblo”. El Doctor Stockman hace dos descubrimientos: “el primero es que el balneario estaba fundado sobre bases pestilentes y enfermizas; el segundo es que la sociedad estaba también fundada sobre bases pestilentes y enfermizas...”⁶¹.

Desde el punto de vista de la decisión judicial, y vinculándolo con el objeto del presente análisis los Principios de Prevención y Precautorio aparecen como verdaderos principios “estructurantes del sistema” que necesariamente participarán también del conflicto antes descrito (entre lo individual y lo colectivo; entre lo presente y las generaciones venideras)

La ampliación de los intereses merecedores de tutela, provoca necesariamente la colisión en la protección de los mismos (cuando son dañados injustamente), sean intereses que pertenezcan a una misma categoría (la individual o la colectiva) o sean intereses de categorías diferentes que se enfrentan reclamando tutela (propiedad o libertad de comercio e industria, desarrollo versus ambiente, salud pública entre otros). Y desde la teoría del daño injusto, los intereses señalados cuando son dañados son merecedores de la protección del derecho (principalmente la compensatoria como función normativa principal y fundante de la categoría, más allá de los comentarios vertidos sobre la prevención).

Desde el ámbito de la decisión judicial debemos considerar: (a) una “esfera íntima”, con la protección de los derechos individuales, de la esfera privada que no involucran a terceros, bajo un principio de *in dubio pro libertatis*, principio de libre autodeterminación; (b) una “esfera privada” con la protección de derechos individuales que sí involucran a terceros que gozan de los mismos derechos, de modo que el ejercicio de uno derecho individual no afecte el ejercicio de otro de igual naturaleza, y (c) finalmente la “esfera social” integrada por actos del individuo en relación directa con la colectividad a la pertenece. Es en éste ámbito de la actuación judicial donde “...la protección de lo individual es menor, porque se actúa en el ámbito de lo colectivo y tienen prioridad los bienes públicos. ... Aquí el intérprete debe guiarse por la preservación del bien colectivo. De manera que los derechos fundamentales individuales, en esta área, deben ser interpretados de modo tal que, coordinadamente, no conspiren contra el deterioro de tales bienes...”⁶² Por tal motivo, Lorenzetti reconoce una “función ambiental de la propiedad” hacia la protección del bien colectivo.

El gobierno de los riesgos individuales determinaba que celebremos tal o cual contrato o que practiquemos tal o cual actividad. Así, desde la previsión contractual de los riesgos que estábamos dispuestos a asumir hasta la determinación de la culpa (otrora fundamento capital de la responsabilidad civil) como parte del sistema de distribución de los riesgos que asumíamos por nuestra propia negligencia. Es más, el advenimiento de la propia responsabilidad objetiva forma parte de esa distribución de riesgos individuales determinando las conductas por las cuales voy a responder objetivamente. Incluso, en esa distribución del gobierno de los riesgos, y con el advenimiento del Estado de Bienestar, el propio Estado

⁶¹ LORENZETTI, R. L. Teoría, ob.cit. p. 428.

⁶² LORENZETTI, R. L. Teoría, ob.cit. p. 437.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO EN
“WEST VIRGINIA ET AL. v. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY ET AL” (2022): ¿UNA AMENAZA
A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL
DAÑO?

comenzó a asumir riesgos a través del sistema de la seguridad social, administrándolos. Pero el advenimiento de la nueva era y nuevos daños, provocó una crisis en el sistema de responsabilidad civil como también en el gobierno de riesgos. Los riesgos colectivos que el Estado había asumido, entran en crisis. Y a ello, se le suma la presencia de nuevos riesgos que no solo exceden lo individual sino también lo colectivo, y nos referimos a los riesgos derivados de la globalización. Es decir, esos riesgos que no conocen fronteras; del cual los “riesgos del desarrollo” son su más clara expresión, y determinan que el mundo sea un “no lugar” distinto de la realidad de la vieja Civitas romana.

Aparecen así los riesgos que parecen ingobernables: los riesgos globales, producto de la nueva globalización, cuyo impacto no conoce fronteras. Pero dentro de la categoría hay que distinguir: a) aquellos que efectivamente son riesgos globales y b) aquellos que son construidos desde el disenso y propios del relacionamiento entre el desarrollo y el subdesarrollo.

Una vez más no olvidemos que “el derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”⁶³ Y en esa labor “...el juez no es precisamente un científico, en el sentido de que su preocupación principal es citar doctrina, jurisprudencia y en virtud de ello construir un concepto normativo preciso. Nunca ha sido así, ya que los jueces no ejercitaron la *ratio speculativa*, sino la *juris prudentia*, es decir, la persuasión, el análisis enfocado en problemas y la búsqueda de pacificación”⁶⁴. Tarea aún mayor cuando lo que están en juego son bienes esencialmente colectivos y la imperiosa necesidad de pensar en progresividad y no regresión en materia ambiental, como una emanación de la protección de los derechos fundamentales.

Como bien ha señalado R. L Lorenzetti, hay una marcada evolución ya concretada que trasunta de un juez ejecutor de la ley, a un juez con responsabilidad social⁶⁵, y la materia medioambiental no es ajena a esa nueva responsabilidad ni menos aún a la calidad de víctima en tanto que integrante de la comunidad titular de los más valiosos bienes objeto de tutela en tiempos de contaminación y cambio climático: “el espacio ambiental”.

⁶³ FRANZA, J. A. *Tratado de derecho ambiental. Una visión holística sistémica y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005.

⁶⁴ LORENZETTI, R. L. Ob. cit. p. 276.

⁶⁵ LORENZETTI, R. L. Ob. cit. p. 165.