

Reflexiones Sobre el Concepto de «Fuerza Mayor» en un Mundo de Cambio Climático Antropogénico*

Myanna F. Dellinger**

Resumen:

Este artículo aborda la pregunta sobre si los eventos de clima extremo deben servir de base para que los particulares o, incluso los Estados, puedan eximirse de cumplir con sus obligaciones legales.

La antigua, pero aún muy viable, institución de la fuerza mayor, puede facultar tanto a las empresas como a los Estados-Nación a eximirse de sus responsabilidades y deberes. Sin embargo, en un mundo donde el cambio climático antropogénico está probado, ¿podríamos decir que tales desastres son verdaderamente «naturales»? ¿Acaso tiene sentido, desde un punto de vista legal y fáctico, que se les siga permitiendo a las partes eximirse de responsabilidad legal cuando la ciencia moderna ha demostrado con toda probabilidad que, las personas -no algún misterioso poder universal- han ocasionado la mayoría de los problemas por los que buscamos eximirnos de responsabilidad?

La fuerza mayor se basa en la idea de que el «hombre», de alguna manera, se encuentra separado de la «naturaleza». Este artículo cuestiona esta idea y argumenta que, en muchos casos, ya no tiene sentido aplicar la institución de la fuerza mayor. Al menos, los jueces deben ser muy cuidadosos al hacerlo por razones de política pública y asignación de riesgos, así como las partes contratantes deben tener la suficiente precaución al pensar o pretender que pueden ser capaces de eximirse de responsabilidad futura invocando cláusulas de «fuerza mayor».

Palabras clave:

Cambio climático – Calentamiento global – Clima extremo – Fuerza mayor – Acto de Dios – Medios de defensa en el derecho contractual – Responsabilidad civil extracontractual – Derecho ambiental internacional.

Sumario:

1. Introducción – 2. ¿Qué es fuerza mayor/«Actos de Dios»? – 3. La separación entre las conductas humanas y la naturaleza – 4. La importancia de la fuerza mayor en nuestros días – 5. Reconsideraciones en torno a la institución de la fuerza mayor – 6. Conclusiones

* Texto traducido al español por Luis Antonio La Rosa Airaldi.

** Luego de una exitosa carrera en comunicaciones internacionales y cátedra universitaria en dos continentes, la profesora Dellinger se graduó con altos honores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregon (Orden de la Cofía), ocupando uno de los primeros puestos de su Promoción. Realizó prácticas profesionales para la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y fue asistente del Excmo. Francis J. D'Eramo de la Corte Superior de las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, así como del Excmo. Procter Hug, Jr., de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito. Actualmente, se desempeña como profesora asociada de Derecho en el Western State College of Law donde enseña Derecho Contractual y Administrativo. También realiza investigaciones y trabajo doctrinario en materias de Derecho Internacional con particular enfoque en el cambio climático. La profesora Dellinger colabora regularmente con un blog en materia de contratos denominado «Contracts ProfBlog» que, a menudo, cubre asuntos internacionales y ambientales. Comparte la presidencia de la Filial Americana de la Asociación de Derecho Internacional y, además, es miembro del Comité Ejecutivo del Colegio de Abogados del Condado de Los Ángeles. Ella ha visitado alrededor de 35 países por motivos laborales y personales. La profesora Dellinger agradece infinitamente la asistencia intelectual, así como la minuciosa y altamente productiva investigación que ha sido proporcionada por Alexander Shaaban, candidato al Doctorado en Jurisprudencia 2016, Western State College of Law. La autora expresa un especial agradecimiento a Luis Antonio La Rosa Airaldi por la traducción de este artículo al español.

1. Introducción

Lluvias torrenciales, deshielo de los glaciares, aludes, sequías, incendios incontrolados de bosques, olas de calor en algunas localidades y temporadas de frío en otras, las noticias nos informan acerca de los rápidos cambios que venimos experimentando en nuestro clima y todo ello se ha convertido en un tema común alrededor del mundo. Este artículo aborda la pregunta de si los eventos de clima extremo deben servir como base para invocar una «excusa» o «causal de exención de responsabilidad» para que los particulares e, incluso, los Estados-Nación, puedan incumplir sus obligaciones.

Si bien todavía puede haber algún tipo de resistencia entre la gente hacia el hecho científicamente comprobado de que la raza humana es la principal responsable del cambio climático, este artículo adopta el punto de vista de que el cambio climático está efectivamente ocurriendo y, más importante aún, que la «interferencia humana»¹ ha sido la causa dominante del calentamiento global desde mediados del siglo XX².

De hecho, la posibilidad de que la ciencia demuestre el inicio del cambio climático es cada vez más desalentadora, las temperaturas globales alcanzaron sus niveles más altos en la historia de los registros actuales durante el período 2001–2010 y continúan en ascenso.³ La década incluyó un incremento de más de 2000% en la pérdida de vidas humanas producida por olas de calor,⁴ sin mencionar la futura amenaza y pérdida actual de distintas especies de animales y plantas. Además, siguen saliendo a la luz nuevos hechos sobre los diversos problemas producidos por el cambio climático. Por ejemplo, en agosto del 2013, la revista «Science» informó que los cambios en el clima están estrechamente vinculados a la violencia

humana en todo el mundo, tales como brotes de violencia doméstica en la India y Australia, el aumento de agresiones y asesinatos en los Estados Unidos, la violencia étnica en Europa, las invasiones de tierras en Brasil, la violencia policial en Holanda, y los conflictos civiles a lo largo de los trópicos.⁵

El Quinto Informe de Evaluación emitido por el Panel Intergubernamental en Cambio Climático («IPCC» por sus siglas en inglés) recientemente concluyó que es «muy probable» (es decir, al 95%-100% de certeza) que la actividad humana sea la principal causa del cambio climático. Por tanto, ya no puede haber más discusiones razonables acerca de si este problema es o no causado por la acción del hombre y, en consecuencia, sobre si la acción humana es o no necesaria para resolver el problema.⁶ Por otra parte, el IPCC subrayó que el cambio climático tiene un impacto negativo sobre el desarrollo humano en aquellos países que son más sensibles al cambio climático, particularmente, en el Perú.⁷

El Perú «ya está sintiendo los efectos del calentamiento global»⁸. Ubicado como el tercer país⁹ más vulnerable del mundo ante desastres provocados por el clima, la vulnerabilidad del Perú se ve agravada por la dependencia de su agricultura y pesca a las condiciones climáticas actuales.¹⁰ Un Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas («UNDP» por sus siglas en inglés) ha publicado un informe que detalla algunos de los impactos del calentamiento global en el Perú. En él se explica:

«En el último período, [cada vez más] eventos extremos han maltratado regiones del país: el nivel más alto registrado en el río Amazonas inundó la ciudad de Iquitos en abril del 2012; la inundación más grande registrada en el río Rímac

1 Intergovernmental Panel on Climate Change: *Summary for Policymakers, Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, pp. 1-32 en 1 (2014).

2 Id., nota 1.

3 WORLD METEOROLOGICAL ORG., THE GLOBAL CLIMATE 2001–2010: A DECADE OF CLIMATE EXTREMES 3 (2013), disponible en: http://wmo.int/ged/_1119_en.pdf.

4 Andrea Vittorio, *Last Decade Sees 'Unprecedented' Extremes, Highest Temperatures on Record, U.N. Says*, INT'L ENV'T REP. (BNA) No. 15, pág. 1008 (3 de julio, 2013). Por ejemplo, la ola de calor manifestada en Europa en el 2003 causó más de 66,000 muertes y la del 2010 en Rusia causó más de 55,000 muertes. WORLD METEOROLOGICAL ORG., ver nota 3, págs. 7–8.

5 Kathleen Maclay, *Warmer Climate Strongly Affects Human Conflict and Violence Worldwide, Says Study*, BERKELEY NEWS CTR. (Aug. 1, 2013), <http://berkeley.edu/strongly-affects-human-conflict-and-violence-worldwide-says-study/>.

6 *Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Group I Contribution to the IPCC Fifth Assessment Report, Climate Change 2013: The Physical Science Basis, Approved Summary for Policymakers SPM-12* (2013), disponible en: http://www.climatechange2013.org/images/report/WG1AR5_ALL_FINAL.pdf. «Extremadamente probable» se refiere a un 95-100% de nivel de certeza. Id. en SPM-2 No. 2.

7 Id., pág. 1261 («A diferencia del calentamiento en el interior del continente, se detectó un prominente pero localizado enfriamiento en la Costa durante los últimos 30 a 50 años, extendiéndose desde el centro del Perú»).

8 Arabella Fraser, *The Cost of Climate Change: Peru Feels the Heat of Global Warming*. 30 de noviembre, 2006, (<http://www.perusupportgroup.org.uk/article-174.html>).

9 Dan Collins, *Why Climate Change Threatens Peru's Poverty Reduction Mission*, 13 de diciembre, 2013 (<http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/13/undp-climate-change-peru-poverty-reduction>).

10 Arabella Fraser, *The Cost of Climate Change: Peru Feels the Heat of Global Warming*. 30 de noviembre, 2006, (<http://www.perusupportgroup.org.uk/article-174.html>).

*amenazó la capital en diciembre de ese mismo año; la precipitación más intensa y prolongada registrada en Arequipa afectó seriamente la ciudad en febrero del 2013; y, recientemente, un récord de nevadas durante 48 horas acumuló cinco metros de nieve en la provincia de Carabaya (Puno) y otras áreas de los Andes del sur».*¹¹

Este informe también encontró que «en general, los habitantes de países en vías de desarrollo tienen 79 veces más probabilidades de ser afectados por desastres que aquellos que viven en países desarrollados».¹² El Perú «es uno de los países más vulnerables frente al cambio climático».¹³

Tomando el país en su conjunto, «el Perú no sufre escasez de agua», sin embargo, «el retroceso de los glaciares tendrá un gran impacto en la disponibilidad de agua, y el Perú tiene previsto convertirse en el único país de América del Sur que afrontaría una situación de estrés hídrico permanente» dentro de la próxima década.¹⁴ Además, el impacto del calentamiento global va mucho más allá de la agricultura debido a que «las aguas de los glaciares también son cruciales para la generación de electricidad a través de la energía hidráulica».¹⁵

Sin duda, «el cambio climático es el resultado de una *actual crisis humana*».¹⁶ El Perú ya ha perdido alrededor del 39% de sus glaciares tropicales como consecuencia de un incremento de temperatura de 0.7 °C en los Andes entre 1939 y el 2006».¹⁷ Está previsto que para el 2100, la temperatura promedio podría aumentar hasta por lo menos 5.3 °C».¹⁸ De hecho, las temperaturas globales ya han aumentado 0.85 °C desde 1880.¹⁹ Esta tendencia podría significar un desastre para un país ecológicamente sensible.

El cambio climático provocará innumerables problemas, muchos de los cuales afectarán a las empresas que realizan negocios a nivel nacional y/o internacional. Este tipo de problemas relacionados con el cambio climático también afectarán a los países, tanto a nivel nacional como internacional. Las empresas y los gobiernos

pueden igualmente tratar de eximirse de las responsabilidades y deberes en esta materia, apoyándose en la doctrina de la fuerza mayor, que en el Derecho Anglosajón se conoce como «acto de Dios». Históricamente, esta doctrina ha cubierto y todavía continúa cubriendo desastres imprevisibles, por lo general, típicamente referidos a eventos naturales relacionados con el clima. Pero en un mundo con un clima que cambia rápidamente, ¿son este tipo de desastres verdaderamente «naturales»? En otras palabras, ¿todavía equivalen a fuerza mayor/«actos de Dios» proporcionando una defensa garantizada contra demandas de responsabilidad (por daños y perjuicios) o el cumplimiento contractual de las obligaciones cuando, por ejemplo, el Quinto Informe de Evaluación emitido por el IPCC afirma que la probabilidad de que el cambio climático es causado por el hombre es tan alta como 100%?

Esta antigua, pero aún viable doctrina legal se basa en la idea de que el «hombre» es separado de alguna manera de la naturaleza y que solo la naturaleza (o, en los sistemas de Derecho Anglosajón, «Dios») puede ser culpado por los fenómenos meteorológicos extremos que son impredecibles, imprevisibles e inevitables. Sin embargo, la tecnología y el conocimiento moderno han demostrado que esto es falso. Los abogados, académicos y jueces están llegando a la conclusión de que ya no tendría sentido legal seguir aplicando esta doctrina. Por lo menos, tiene que ser repensada, redefinida y aclarada, dado el conocimiento actual que se tiene sobre el cambio climático.

En este artículo, primero definiré el concepto legal de fuerza mayor, las doctrinas más estrechamente relacionadas con él y luego daré una breve mirada a su historia. Esto ayudará a demostrar los problemas actuales que existen al utilizar el concepto de fuerza mayor para eximirse de responsabilidades en el caso de fenómenos meteorológicos (climáticos) extremos. A continuación, voy a examinar el uso moderno de la doctrina en el Derecho de Contratos, Responsabilidad Civil Extracontractual, el Derecho Ambiental de los Estados Unidos y,

11 Human Development Report 2013 Climate Change and Peru Territory. Challenges and responses for a sustainable future. Pág. 2 (<http://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2013/11/28/cambio-clim-tico-puede-poner-en-riesgo-el-progreso-en-el-desarrollo-humano-del-per-/>).

12 Id.

13 Human Development Report 2013 Climate Change and Peru Territory. Challenges and responses for a sustainable future. (<http://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2013/11/28/cambio-clim-tico-puede-poner-en-riesgo-el-progreso-en-el-desarrollo-humano-del-per-/>).

14 Id. («Para el 2025»).

15 Id. («Uno de los ríos que probablemente sería más afectado, el río Mantaro, genera alrededor del 40% de la energía utilizada por el país, y abastece a la mayoría de las plantas industriales ubicadas en Lima»).

16 Id. (énfasis agregado).

17 Dan Collyns, Why Climate Change Threatens Peru's Poverty Reduction Mission. 13 de diciembre del 2013 (<http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/13/undp-climate-change-peru-poverty-reduction>).

18 Myanna Dellinger, *Narrowed Constellations in a Supranational Climate Change Regime Complex: The «Magic Number» is Three*, 37 Fordham Int'l L.J. 373 (2014).

19 IPCC, Climate Change, nota 6, en SPM-3.

muy brevemente, en el Derecho Internacional Público. Al hacerlo, voy a esgrimir algunas críticas a la doctrina, que se está convirtiendo en una noción imprecisa y científicamente incorrecta; una mera ficción legal que ya no tiene mucha utilidad o relevancia. Esto es así porque, de alguna manera, el hombre no se separa de la «naturaleza»; somos una parte estrechamente entrelazada a ella. Por otra parte, sabemos que nuestra contaminación ya ha afectado el clima y crea fenómenos meteorológicos cada vez más frecuentes y extremos. Así, la idea de que algún poder superior -ya sea que se denomine fuerza mayor o caso fortuito (un «acto de Dios» según el Derecho Anglosajón)- es el único responsable de estos fenómenos meteorológicos simplemente ya no es creíble ni se le debe otorgar tanto peso legal, si lo tuviere.

Debido a razones de políticas públicas y dado que la humanidad ha creado en gran medida el cambio climático, es discutible si, al mismo tiempo, se nos debe permitir eximirnos a nosotros mismos de nuestros deberes y obligaciones si es que o, mejor dicho, cuando eventos de clima extremo afectan nuestras obligaciones en el ámbito privado y profesional. Por supuesto, es imposible demostrar y concluir que una empresa o persona determinada ha causado el cambio climático. El hecho de no admitir nunca esta situación de exención de responsabilidad puede ser, en algunos casos, demasiado duro y exigente. Pero es necesario reconsiderar los conceptos de fuerza mayor/«actos de Dios» en el ámbito del pensamiento jurídico, teniendo en cuenta los cambios que el mundo está experimentando y que ahora parecen más o menos inevitables.

2. ¿Qué es Fuerza Mayor/«Actos de Dios»?

En inglés, la frase más comúnmente utilizada para buscar la exoneración de responsabilidad legal, contractual o civil es «acto de Dios». En países de habla hispana donde se aplica el sistema romano germánico, el concepto es conocido como «fuerza mayor» o «caso fortuito». En francés, se trata de la «fuerza mayor», un término que a veces también es utilizado en inglés.

Mientras que la frase «acto de Dios» se refiere principalmente a los eventos relacionados con el clima, la fuerza mayor también cubre eventos tales como huelgas, guerras, disturbios civiles y otros eventos supuestamente imprevistos e inevitables. Sin embargo, los lectores deben tener en cuenta

que las preocupaciones y aspectos especiales de índole legal que son materia de este artículo, en gran medida, no se relacionan con el amplio conjunto de eventos o supuestos que pueden encajar dentro del concepto de fuerza mayor, sino, más bien, se relacionan de manera específica con la supuesta indefensión del hombre frente a la naturaleza y la noción (esperamos, reducida) de que los eventos climáticos extremos no son causados por la gente, sino que, quizás, son más bien una creación de la naturaleza misma, o, si se tiene una visión religiosa, una creación de Dios.²⁰ Considerando que este artículo ha sido escrito para una audiencia de habla española y ha de ser traducido del inglés al español, el artículo principalmente empleará el término «fuerza mayor», a menos que sea necesaria o pertinente una referencia a la expresión en inglés. Aparte del uso ocasional de la palabra «Dios» para desarrollar los argumentos establecidos en este artículo, este último es completamente secular (laico) y no expresa ninguna opinión sobre si Dios existe o no.

La mayoría de los sistemas legales Iberoamericanos se basan en los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito como las principales fuentes de impedimentos para cumplir las obligaciones o deberes y la justificación para eximirse de tener que cumplirlos o realizarlos.²¹ Por ejemplo, el Código Civil Peruano establece que «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso» (artículo 1315) y «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor» (artículo 1316).

En otras palabras, parecería que todo lo que se requiere es la diligencia ordinaria y que un posible incumplimiento «no sea imputable» a la parte que solicita eximirse del cumplimiento de la obligación. Pero el concepto de lo que constituye la «diligencia ordinaria» en el contexto del cambio climático está cambiando. Uno podría incluso argumentar que, al menos indirectamente, las partes siempre tienen algún efecto sobre los eventos relacionados con el clima tal y como todos los seres humanos lo tienen. Sin embargo, es dudoso que esta última premisa sea suficiente como para que un tribunal sostenga que una parte no puede eximirse del cumplimiento, ya que el vínculo existente entre cada una de nuestras acciones y el cambio climático en general aún no ha sido claramente identificado.

20 En cuanto a la frase en inglés de «act of God,» nótese que en el mundo cada vez más secular de hoy, han surgido dudas sobre la conveniencia de usar una frase legal en inglés que se base en la existencia de un Dios. *Bowman v. Columbia Tel. Co.*, 179 A.2d 197, 201 (Pa. 1962). Ver también *Goldberg v. R. Grier Miller & Sons, Inc.* 182 A.2d 759 (Pa. 1962)

21 Edgardo Muñoz, *Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law*, 14 VJ 175-192 (2010), pág. 178.

Adicionalmente, las definiciones de fuerza mayor y caso fortuito que son proporcionadas por la Doctrina Iberoamericana no son uniformes y de ellas surge algo de confusión.²² Afortunadamente, todas las leyes que se basan en estos conceptos los utilizan como sinónimos y los definen como un solo concepto: «fuerza mayor y caso fortuito es el acontecimiento imprevisto que es imposible de resistir, como un naufragio, un terremoto, la captura de enemigos, los actos de la autoridad que son ejecutados por un funcionario público» y «fuerzas de la naturaleza».²³ Otras leyes Iberoamericanas basan la inexecución de las obligaciones en la noción estrechamente relacionada de «imposibilidad» debido a hechos imprevisibles y/o inevitables sin referencia alguna a los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito. Del mismo modo, el concepto de «imposibilidad» puede aplicarse a «un hecho inevitable, cuyos efectos no fueron posibles de evitar o prevenir».²⁴ El evento tiene que impedir el cumplimiento de manera absoluta.²⁵ Inclusive, las graves dificultades impuestas por reglas estatales u otras medidas de control no pueden hacer que el cumplimiento sea «imposible» de cumplirse.²⁶ (Si no lo hace, se puede aplicar la doctrina de la «dificultad»). Sin embargo, todas las jurisdicciones Iberoamericanas coinciden en los elementos necesarios de la defensa,²⁷ el cual en este artículo será denominado simplemente como fuerza mayor (o, al referirse específicamente al sistema jurídico anglosajón, «acto de Dios»). Como lo ha explicado la Corte Suprema Mexicana:

Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.²⁸

En los sistemas de Derecho Común o Derecho Consuetudinario (*Common Law*), la noción de que los «actos de Dios» podrían servir como una defensa frente a supuestos de responsabilidad apareció por primera vez en 1581 en el famoso «Caso Shelley».²⁹ En este caso, el acto de Dios fue la muerte de una de las partes. El concepto rápidamente se posicionó tanto en el Derecho Consuetudinario estadounidense como en el inglés, aunque los primeros casos no explicaron exactamente qué constituye un «acto de Dios». Aunque, quizás, una vez visto como una intervención literal de Dios en los asuntos del hombre, la idea de un acto de Dios evolucionó para significar algo más allá de la acción y control del hombre, de los cuales «las tormentas, rayos y tempestades» fueron dados como principales ejemplos.³⁰ La idea de que los fenómenos climáticos como tormentas, las cuales están fuera del control de los seres humanos, podrían proteger a un demandado por responsabilidad por daños y perjuicios por un demandante, se abrió camino en los casos de agravio, almirantazgo, contratos e, incluso, en el derecho ambiental moderno. Incluso hoy en día, los fenómenos climáticos como los huracanes, lluvias torrenciales, tormentas de viento, tormentas de nieve y las inundaciones pueden, en virtud de las pruebas legales y fácticas específicas articuladas en cada una de las áreas del Derecho que se mencionan abajo, eximir de responsabilidad a un demandado. Además de los eventos relacionados con el clima, los casos en los que se ha aplicado esta doctrina incluyeron la sustracción de bienes, robo, incendios accidentales, fallas de los embalses o reservorios debido a fuertes lluvias, y fallas de los muelles debido a errores de diseño.³¹

Los casos americanos adoptaron 200 años de Jurisprudencia inglesa.³² Un caso ocurrido en California en 1868 estableció los principios que son igualmente aplicables hoy en día: «La expresión [acto de Dios] excluye la idea de la acción humana, y si resulta que una determinada pérdida ha ocurrido en alguna forma a través de la intervención del hombre», entonces no es un acto de Dios.³³

Actualmente, la fuerza mayor como causal de exoneración generalmente involucra los siguientes

22 Muñoz, pág. 178.

23 Muñoz, pág. 178, nota 18.

24 Id.

25 Muñoz, pág. 185.

26 Id.

27 Muñoz, pág. 178.

28 Sala Auxiliar, Seiptima Eipoca, Registry 245709, Semanario Judicial de la Federacioin, Volumen 121-126, Seiptima Parte, paig. 81.

29 76 Eng. Rep. 199 (1579-1581).

30 Kenneth Kristl, *Diminishing the Divine: Climate Change and the Act of God Defense*, 15 Widener L. Rev. 325, 329 (2010).

31 En general, ver Denis Binder, *Act of God? Or Act of Man? A Reappraisal of the Act of God Defense in Tort Law*, 15 Rev. Litig. 1 (1996).

32 Binder, pág. 13.

33 *Polack v. Pioghe*, 35 Cal. 416 (1868).

requisitos: la imprevisibilidad por parte de la inteligencia humana razonable, y la ausencia de una acción humana que causa el supuesto daño.³⁴ Por tanto, si un evento similar ha ocurrido antes, podría haberse previsto o evitado utilizando técnicas modernas o, de lo contrario, hubiese sido razonablemente previsible, aunque no probable, por lo que alegar en estos casos la fuerza mayor no serviría satisfactoriamente como medio de defensa.³⁵ Nótese que la defensa se limita generalmente a los acontecimientos verdaderamente imprevisibles, más que a situaciones que implican impactos inusuales, pero que hayan tenido precedentes.

En cuanto a los eventos del clima, la Corte Suprema de Alabama ha explicado el estándar de esta manera: «En su sentido legal, un ‘acto de Dios’ se aplica solo a eventos relacionados con la naturaleza que son tan extraordinarios que la historia de las variaciones climáticas y otras condiciones en la respectiva localidad no ofrecen ninguna advertencia razonable de ellos».³⁶ «La interpretación que se le otorga a la doctrina del acto de Dios es tan restrictiva hoy en día que el daño debe ocurrir «por la directa, inmediata y exclusiva operación de las fuerzas de la naturaleza, no controlada o no influida por el poder de los hombres y sin intervención humana».³⁷ Las condiciones climáticas normales no pueden constituir fuerza mayor incluso si el demandado ha juzgado equivocadamente la situación.³⁸

3. La separación entre las conductas humanas y la naturaleza

Tradicionalmente, la «naturaleza» ha sido vista como separada de la humanidad, como si fuesen dos extremos diferentes de un espectro del mundo en el que vivimos. A pesar de los modelos de la evolución propuestos por Darwin, todavía distinguimos entre aquello «producido por el hombre» y lo «natural» en muchos contextos. Creemos que «reaccionamos» a -o que nos adaptamos a- eventos naturales en lugar de «crearlos». En términos culturales, la división ha sido tan fuerte que la naturaleza ha sido idealizada como algo «no contaminado» por los seres humanos.³⁹ Esto continúa hasta nuestros días, e incluso se ha convertido en un punto de venta para muchas empresas.

Por ejemplo, algunos alimentos son publicitados como «naturales» u «orgánicos» indicando

que responden a una falta de intervención del hombre y que, por tanto, son más saludables que aquello que como personas creamos para nuestro propio consumo. En el contexto de recientes desarrollos legislativos en los Estados Unidos en materia de alimentos y medicamentos, la separación entre los actos del hombre y la naturaleza es relevante para el etiquetado de productos: ¿qué significa «orgánico», «natural» o «sin procesar»? Todos los alimentos requieren algunas formas de participación humana, desde la recolección y el transporte marítimo, el tostado y la congelación, hasta para teñir, encerar, e incluso alterar genéticamente los ingredientes crudos. La separación de lo humano y lo «natural» está siendo reconocida cada vez más en este contexto como un proceso continuo, más que como una nítida división.

También solemos pensar que somos superiores a la naturaleza y a los animales. Esta es una dicotomía que se está volviendo arcaica. Nuestros pensamientos acerca de lo que es la «naturaleza» generan consecuencias para nosotros como humanidad y para nuestro medio ambiente. Pero, a pesar de que las críticas a la dicotomía hombre / naturaleza han sido aceptadas como lógicas, aún permanecen algunas preguntas más profundas y difíciles: si los «humanos» y la «naturaleza» no constituyen categorías separadas ni discretas, ¿cómo podemos entender con precisión los conceptos y su superposición, conexión o integración?⁴⁰ Debemos tener en cuenta estos aspectos a medida que desarrollamos nuestro entorno y sociedades, incluyendo la ley.

La ley en sí misma es una construcción humana, que apoya y desarrolla más a fondo el ideal de la naturaleza a través de los textos legales, las normas y las decisiones judiciales. En los Estados Unidos, la ley ha reforzado la idea de la vida silvestre como excluyente de los seres humanos.⁴¹ Por ejemplo, la Ley de Áreas Naturales y Silvestres de 1964 define las regiones silvestres como aquellas que están «en contraste con aquellas áreas donde el hombre y sus propias labores y trabajos dominan el paisaje». Al mismo tiempo, dicha Ley definió el objetivo de la naturaleza o estado salvaje, no en términos de cualquier valor intrínseco, sino en términos de su valor como un «recurso» para el uso, disfrute y consumo humano.⁴² La ley prohibió el desarrollo de asentamientos permanentes en dichas áreas, así como la construcción de carreteras. Tal y como lo demuestra dicha norma, la ley produce cultura,

34 Binder, págs. 13-14.

35 Id.

36 *Bradford v. Stanley*, 355 So. 2d 328, 330 (Ala. 1978).

37 *Butts v. City of S. Fulton*, 565 S.W.2d 879, 882 (Tenn. Ct. App. 1978).

38 Binder, pág. 17.

39 Jill Fraley, *Re-examining Acts of God*, 27 Pace Envtl. L. Rev. 669, 676 (2010).

40 Fraley, pág. 679.

41 Fraley, pág. 681.

42 Id.

pero, a la vez, la ley es también reproductiva y referencial e incorpora nociones culturales y conclusiones científicas ampliamente aceptadas.⁴³

En materia del uso de terrenos del Estado en los Estados Unidos, también hay un importante debate sobre lo que es «natural» y lo que es «humano». Tradicionalmente, la definición de «salvaje o natural» en la ley federal ha incorporado una clara separación de las actividades humanas y naturales; aquello calificado como salvaje o natural constituye un lugar «sin trabas o restricciones por el hombre».⁴⁴ La cuestión se complica más, ya que algunos terrenos estatales son designados como «naturales o salvajes», mientras que otros no lo son. Este es un punto importante, ya que hay una larga tradición en la historia de los Estados Unidos de utilizar los terrenos del Estado para numerosos usos como la minería -a menudo, ambientalmente destructivos-. Dichos usos no solo eran tolerados, sino que, en realidad, eran fomentados por el gobierno federal.⁴⁵ Esto tendría que cambiar en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones.

El tema central es que muchos de los eventos de gran y menor magnitud (acaso la mayoría) que tienen efectos sobre nosotros tienen su origen en la acción humana. Nosotros simplemente no estamos separados de la naturaleza, somos una parte de ella. Así como la naturaleza tiene un efecto sobre nosotros, del mismo modo nosotros tenemos un efecto sobre ella. Somos únicos, pero, sin duda, no tan únicos como para continuar viéndonos como entidades completamente separadas y casi intocables de nuestro entorno natural. Debido a que tenemos un efecto sobre la naturaleza y viceversa, necesitamos considerar la forma cómo vamos a continuar aplicando las instituciones legales pertinentes como la de fuerza mayor, a través de una comprensión moderna de nuestro entorno. Aquí vamos a desarrollar una breve introducción de los usos históricos y modernos de la referida institución antes de reconsiderar su tratamiento futuro.

4. La importancia de la fuerza mayor en nuestros días

Actualmente, el concepto de fuerza mayor es reconocido como un principio general del Derecho debido a que esta institución es reconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.⁴⁶ Por ejemplo, es utilizada en el Derecho Contractual,

Responsabilidad Extracontractual, Derecho Ambiental, Derecho Marítimo (donde se le conoce como «peligros del mar»), y Derecho Internacional Público, donde funciona como un supuesto de exención de responsabilidad del Estado. ¿Pero tiene sentido continuar aplicando esta noción dentro del contexto del cambio climático? En las secciones siguientes vamos a criticar los usos modernos de esta institución en algunas áreas importantes del Derecho. Por último, vamos a sugerir cómo la institución debe ser reconsiderada de manera general.

4.1 Legislación ambiental federal estadounidense y nociones de legislación en materia de desastres

Al menos tres leyes federales estadounidenses mencionan los «actos de Dios», a saber, la Ley Federal de Aguas Limpias, la Ley de Contaminación por Hidrocarburos y la Ley Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambiental («CERCLA» por sus siglas en inglés, comúnmente conocida como el «Superfondo»). Estos actos imponen responsabilidad objetiva a las partes responsables de los derrames de petróleo, descargas, o amenazas de descargas de sustancias peligrosas. Sin embargo, una defensa afirmativa es que las partes pueden evitar la responsabilidad si pueden «establecer por una preponderancia de la evidencia o prueba que la descarga o la amenaza de descarga de una sustancia peligrosa y los daños y perjuicios derivados de aquellas fueron causados únicamente por un acto de Dios».⁴⁷ El Congreso de los Estados Unidos define el «acto de Dios» como «un grave desastre natural imprevisto u otro fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, cuyos efectos no pudieron haber sido prevenidos o evitados por el ejercicio de la debida diligencia o la previsión del caso».⁴⁸

Además de la ya pesada carga impuesta por la responsabilidad objetiva en general, los tribunales han interpretado más a fondo la justificación del «acto de Dios» y de manera aún más estricta en los casos de legislación ambiental.⁴⁹ Se aplican cuatro elementos: (1) si el evento fue un fenómeno natural grave de carácter excepcional, inevitable e irresistible, (2) si el evento pudo ser previsto, (3) si el evento fue la única causa de la descarga, y (4) si los efectos del evento podrían haberse prevenido o evitado por el ejercicio de la diligencia debida o deber de previsión.⁵⁰

43 Id.

44 Wilderness Act, 16 U.S.C. § 1131(c).

45 Fraley, pág. 682.

46 Federica Paddeu, *A Genealogy of Force Majeure in International Law*, the British Yearbook of International Law, Vol. 82 No. 1, 381-494, pág. 476 (2012).

47 42 U.S.C. § 9607(b)(3).

48 33 U.S.C. § 2701(1), 42 U.S.C. § 9601(1).

49 Joel Eagle, *Divine Intervention: Re-Examining the «Act of God» Defense in a Post-Katrina World*, 82 Chicago-Kent L.R. 459, 476 (2007).

50 Id.

En primer lugar, la palabra «grave» significa un mayor nivel de severidad. El evento debe ser algo más que simplemente severo, destructivo o, incluso, no antes visto (sin precedentes). Los tribunales han sostenido que esto no se aplica a situaciones donde el evento relacionado con el clima existía un 25% de las veces, donde la lluvia era tan fuerte y pesada como en los huracanes, y tampoco a los huracanes como tales. Dichos fenómenos climáticos no fueron la única causa del daño ambiental, pues las acciones humanas también entraron en juego.

En segundo lugar, el evento debe ser inesperado (imprevisto). Por lo tanto, no puede ser previsible, predecible o habitual.⁵¹ Así, «los desastres naturales graves que no podían preverse en términos de diseño, ubicación o de la operación de la instalación, debido a circunstancias o fenómenos históricos, geográficos o climáticos, estarían fuera del alcance de la responsabilidad del operador o del propietario».⁵²

Los jueces han basado sus decisiones para negar o no admitir el medio de defensa, en parte, en el hecho de que el fenómeno debía haber sido previsto. Por ejemplo, cuando el conocimiento o información regional o temporal era tal que las partes hubieran previsto el caso, los jueces no han eximido a las partes de responsabilidad. De esta manera, cuando las regiones se hayan caracterizado por un mal clima, cuando el fenómeno se produjo en las regiones y en épocas del año en las que se sabe que ocurren dichos acontecimientos, y cuando estos últimos fueron solo eventos comunes u ordinarios relacionados con el clima, el medio de defensa no ha sido admitido judicialmente.

En tercer lugar, el evento realmente debe haber sido la única causa. Este no era el caso cuando, por ejemplo, millones de galones de desechos tóxicos fueron vertidos en el conducto de aire de una mina de carbón y que luego fugaron años después.⁵³ Tampoco fue el caso cuando un capitán de un remolcador de poca potencia perdió el control de la embarcación en condiciones meteorológicas adversas. Del mismo modo, cuando una tubería estalló debido a una ola de frío imprevista, la defensa tampoco tuvo asidero debido a que otros factores importantes entraron en juego. La propia conducta de una parte, por lo tanto, no puede haber contribuido de ninguna manera a la generación del evento por el cual uno busca eludir su responsabilidad. Esto constituye una carga probatoria muy dura.

Finalmente, en cuarto lugar, los litigantes deben haber ejercido, y actuado con, el debido cuidado y previsión. Si no lo hubiesen hecho, no pueden eximirse de responsabilidad. Por ejemplo, cuando el daño podría haberse evitado mediante el diseño de canales de drenaje adecuados, el medio de defensa no funcionó. Del mismo modo, cuando una empresa de remolcadores simplemente podría haber comprado un remolcador de más alta potencia, entonces no había exención de responsabilidad en ese caso. Este elemento está estrechamente vinculado con el elemento de la «causa única». No hay normas ni reglamentos que estipulen o regulen lo que es «la diligencia debida o la previsión». Se trata de una investigación de los hechos, de carácter fáctico. Por lo tanto, los tribunales tienen discrecionalidad en este sentido, pero todos se han inclinado hacia la responsabilidad objetiva. Ellos han rechazado los medios de defensa sustentados en el «acto de Dios» sobre la base de leyes ambientales federales en situaciones que implican climas fríos, condiciones de desborde de un río relacionadas con la lluvia y el deslizamiento de deshielos, tormentas y lluvias torrenciales y huracanes sobre la base del fundamento de que los fenómenos meteorológicos no satisfacen la doctrina.⁵⁴

Hasta ahora, el medio de defensa basado en el «acto de Dios» no ha tenido éxito a la luz de la legislación ambiental estadounidense. Los litigantes simplemente no han sido capaces de demostrar mediante la preponderancia de una evidencia o prueba contundente que el daño ambiental (generalmente, emisiones tóxicas) fue causado exclusivamente por un acto imprevisto, que no pudo haber sido evitado por las personas.

Por ahora, el concepto de fuerza mayor resultaría inaplicable en términos prácticos en el contexto de la legislación ambiental estadounidense, a pesar de que, oficialmente, se mantiene vivo en las normas legales. Pero con eventos como los huracanes Katrina y Sandy, flujos severos de lodo en áreas deforestadas, lluvias extremas en algunas regiones y sequías e incendios forestales igualmente extremos -o peores- en otras, es evidente que los eventos relacionados con el clima probablemente aumenten en intensidad y número en un futuro próximo. Los litigantes pueden así tratar de revivir el concepto en contextos ambientales afirmando que ciertos fenómenos meteorológicos son la «única causa» del problema ambiental. Pero los tribunales, con suerte, continuarán encontrando que, debido a nuestro conocimiento científico del cambio climático, no puede decirse que

51 33 USC 1321(12), 33 USC 2701(1).

52 H.R. Rep. No. 91-940 (1970) (Conf. Rep.).

53 *United States v. Alcan Aluminium Corp.* 892 F. Supp. 648, 651 (M.D. Pa. 1995).

54 Fraley, págs. 343-344.

tales eventos sean «imprevistos». Por último, con un adecuado «debido cuidado, diligencia y previsión», los problemas ambientales pueden, de hecho, ser prevenidos. Por supuesto, esto puede implicar mayores costos, pero las empresas que realizan actividades ambientalmente sensibles y planean sacar provecho o utilidad de la naturaleza, de una forma u otra (como es el caso de la industria minera, explotación de madera, construcción y transporte) deberían también, por razones de política pública, soportar y asumir el riesgo de que algunas de sus operaciones van a salir mal o tendrán dificultades e implicancias negativas. En otras palabras, dichas empresas deben asumir los costos de no tomar medidas y acciones adecuadas para evitar o prevenir, en primer lugar, que surjan contingencias ambientales.

Probablemente, las nociones de una normativa en materia de desastres se convertirán en mucho más frecuentes en el futuro, porque nosotros, como sociedad global que somos, no hemos tomado las medidas necesarias a nivel científico para prevenir el cambio climático. Al mismo tiempo, tampoco hemos aprendido de los desastres que ocurren y, por ejemplo, no hemos trabajado en la reconstrucción de las mismas áreas que son propensas a la ocurrencia de eventos desastrosos. Por ejemplo, después del huracán «Katrina», uno de los primeros temas discutidos fue acerca de cómo la ciudad de Nueva Orleans podría ser «reconstruida». Algunas áreas de esta ciudad posiblemente nunca hayan sido desarrolladas para fines residenciales, debido, principalmente, a su riesgosa ubicación geográfica.

En lugar de aprender a partir de lo que la naturaleza está tratando de decirnos, estamos jugando con ella en un intento por tratar de dominarla. Esto lleva a la creación de más problemas medioambientales en el futuro, ya que todavía no conocemos los resultados completos de nuestra denominada «geoingeniería». Por ejemplo, una compañía privada de tecnología, con sede en Suiza, ha anunciado su éxito en la ejecución de trabajos para la inducción de la lluvia, incluso en el desierto de Abu Dhabi.⁵⁵ En julio y agosto del 2010, en conjunto con Meteo Systems, «el gobierno de Abu Dhabi creó más de 50 tormentas en Al Ain...durante el pico de los meses de verano de los Emiratos».⁵⁶ La compañía utilizó «grandes ionizadores... para generar

campos de partículas con carga negativa» que producen «lluvia artificial de otros cielos claros».⁵⁷ Durante «los meses de verano, los emisores fueron encendidos 74 veces»⁵⁸, causando «lluvias en 52 ocasiones».⁵⁹ Las falsas tormentas fueron tales que llegaron a producir granizo, vendavales de viento e, incluso, rayos, llegando así a desconcertar a los residentes».⁶⁰

Este tipo de «servicio» ejemplifica el impacto directo que la acción humana puede tener sobre los sistemas climáticos. En muchas regiones, «los cambios en términos de precipitación o deshielos y el hielo están alterando los sistemas hidrológicos y afectando los recursos hídricos en términos de cantidad y calidad».⁶¹ Con tales juegos de la naturaleza, al mismo tiempo, el clima se está volviendo cada vez más predecible (debido al hecho de que el cambio climático existe) y menos predecible, ya que no podemos saber aún cuáles serán los resultados a largo plazo de los nuevos métodos de geoingeniería.

Así, la aplicación del concepto de fuerza mayor al Derecho Ambiental, ciertamente, se está convirtiendo en algo irrelevante e inapropiado, ya que la principal causa de los problemas ambientales se verifica en la especie o acción humana que crea problemas en contra de nosotros mismos.

4.2 Derecho contractual

En los sistemas legales Iberoamericanos, uno de los principios generales del Derecho de Contratos es que las circunstancias bajo las cuales las partes cumplen sus deberes u obligaciones contractuales no afectan la validez o exigibilidad del contrato.⁶²

Esto se deriva del principio del Derecho Romano de «*pacta sunt servanda*». Sin embargo, las reglas de las leyes iberoamericanas determinan cuál de las partes asumirá las consecuencias de una supuesta imposibilidad de cumplir. (Hay que recordar que esta doctrina está muy estrechamente relacionada con la fuerza mayor). No obstante, las reglas también reconocen que el acuerdo entre las partes sobre esta cuestión es una ley fundamental y final.⁶³ Este es un tema de asignación de riesgos contractuales. Por ejemplo, los bienes pueden requerir de ciertas características o que requieran ser entregados en un lugar y momento determinado, pero que,

55 Meteo Systems International AG, <http://www.meteo-systems.com>.

56 Karen Leigh, Abu Dhabi-backed Scientists Create Fake Rainstorms in \$11m Project, 3 de enero del 2011, <http://www.arabianbusiness.com/abu-dhabi-backed-scientists-create-fake-rainstorms-in-11m-project-371038.html>.

57 Id.

58 Id. («Cuando la humedad atmosférica alcanza el nivel requerido de 30 por ciento o más».)

59 Id. (La lluvia se verificó en «días en los que el propio servicio climático del país había predicho que no habrían nubes ni lluvia».)

60 Id.

61 Id.

62 Muñoz, pág. 184.

63 Muñoz, pág. 176.

debido a condiciones climáticas extremas, esto no sea posible. El pago puede ser necesario en un momento determinado, pero un incidente inesperado hace que esto sea imposible. En una guía americana para la realización del negocio minero en el Perú, se dice que «la parte afectada por un acto de Dios o fuerza mayor debe reanudar el cumplimiento de sus obligaciones y condiciones contractuales dentro de un tiempo razonable después de que la causa o razones hayan desaparecido».⁶⁴ Del mismo modo, una guía sobre cómo hacer negocios en el Perú señala que la fuerza mayor puede eximir al titular de una concesión minera de cumplir con su obligación de producción mínima anual si ese incumplimiento contractual es el resultado de una «causa no imputable al titular de la concesión».⁶⁵ Dichos eventos deben encontrarse fuera del control de la parte que invoca, o basa su incumplimiento en, la institución de la fuerza mayor, y en similitud con la responsabilidad civil extracontractual (daños) donde una parte no puede invocar la fuerza mayor como medio de defensa si su comportamiento ha sido negligente.

Bajo los sistemas legales Iberoamericanos, una imposibilidad extingue automáticamente las obligaciones contraídas como la responsabilidad legal por daños y perjuicios y lucro cesante cuyos alcances hayan sido pactados por las partes.⁶⁶ El artículo 51 de la Convención de las Naciones.

Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Bienes («CISG» por sus siglas en inglés) encarna la misma regla. Si solo una parte de la obligación deviene en imposible de realizar, algunas jurisdicciones permiten el cumplimiento parcial del contrato. Sin embargo, tanto el Código Civil peruano como el portugués requieren que toda la obligación sea extinguida si el cumplimiento parcial no es útil para la parte receptora o si esa parte no tuviese un interés justificable en el cumplimiento parcial.⁶⁷

Bajo el Código Civil peruano, los jueces están autorizados para ajustar un contrato cuando un evento «extraordinario e imprevisible» hace que una de las obligaciones de las partes se torne en excesivamente onerosa debido a causas

que no son atribuibles a la parte que se supone debe cumplir.⁶⁸ Esta doctrina, conocida como «dificultad», se aplica tanto a los contratos de consumidor a consumidor como de negocio a negocio. A menudo, es difícil distinguir la idea de «dificultad» de la imposibilidad, y, con frecuencia, se aplicará cualquiera de estas doctrinas. La «dificultad» debe ser vista desde un punto de vista objetivo, no subjetivo. Seis de los ocho sistemas legales iberoamericanos permiten la total exención del cumplimiento del contrato establecida por un juez que actúa a instancia de parte, pero como se mencionó anteriormente, en el Perú, este no es el caso: el Código Civil peruano requiere que los jueces revisen y ajusten el contrato. Únicamente si esto no es posible debido a la naturaleza de la obligación, los jueces pueden declarar la resolución del contrato.⁶⁹ La posibilidad de que las partes acuerden de antemano renunciar a los remedios contractuales que invocan esta doctrina de la dificultad está en discusión en algunas jurisdicciones. Sin embargo, el Código Civil peruano declara expresamente que la renuncia a la regla de la dificultad es inadmisibles.⁷⁰

En los Estados Unidos, la doctrina de la «imposibilidad» puede eximir a las partes del cumplimiento contractual en casos de una «contingencia imprevista que altera la naturaleza esencial del cumplimiento».⁷¹ La mera adversidad o dificultades financieras no son suficientes para eximir a la parte del cumplimiento; el evento debe ser, a la vez, altamente imprevisible y tener consecuencias nefastas para la parte que pretende invocar el supuesto de exención.⁷² Además, a pesar de que las partes tienen la obligación de cumplir sus deberes contractuales existentes tal y como han sido acordados sin pedir y/o solicitar modificaciones, esta «regla del deber legal pre-existente» se puede evitar en algunas jurisdicciones, si una de las partes solicita la modificación a causa de «dificultades imprevistas».⁷³ Ambas nociones de la ley pueden ser invocadas con mayor frecuencia en el futuro en casos donde las condiciones climáticas severas han hecho que el cumplimiento contractual de una de las partes sea imposible (lo cual, en estas épocas, quizás no sea tan probable) o (más probablemente) más caro y engorroso. En otras

64 Peru Mineral and Mining Sector Investment and Business Guide, USA International Business Publications, pág. 239.

65 Doing Business in Peru, Baker & McKenzie, 2013, p. 61 (?).

66 Muñoz, pág. 182.

67 Muñoz, págs. 185-186.

68 Id.

69 Peru Art. 1440 C.

70 Peru Art. 1444 C.

71 Calamari and Perillo on Contracts § 4.9, Sixth Edition, West 2009.

72 De conformidad con los Principios UNIDROIT en materia de los contratos comerciales internacionales, la doctrina de la «dificultad» permite a las partes renegociar los contratos en casos donde un evento «altera fundamentalmente el equilibrio del contrato» y los hechos «razonablemente, no pudieron ser tenidos en cuenta por la parte en desventaja,» están fuera de su control, y en aquellos casos donde no se asumió el riesgo de dichos eventos. Artículo 6.2.2.

73 Calamari and Perillo on Contracts § 13.19, Sixth Edition, West 2009.

palabras, una parte podría argumentar que la causa climática era tan extrema e imprevista que deberían, al menos, ser capaces de cobrar más dinero de lo previsto originalmente en el contrato debido al evento. Sin embargo, en muchos de los casos verificados en el Derecho anglosajón (sistema jurisprudencial) se ha sostenido que la falta de cobertura de un riesgo previsible en el contrato priva a una parte de la defensa de la impracticabilidad.⁷⁴

La mejor manera de proteger a un cliente de uno de los posibles o eventuales caprichos de los jueces en este sentido en los Estados Unidos y, probablemente, también en otros lugares, es estipulando y regulando claramente en el contrato lo que debe suceder en caso que se verifiquen eventos climáticos extremos e imprevistos. A estas se les conoce como cláusulas de «acto de Dios» o fuerza mayor.⁷⁵ Ellas funcionan como un supuesto de exención de responsabilidad estipulado contractualmente; en otras palabras, como una asignación de riesgos. Los jueces suelen hacer cumplir estas cláusulas de fuerza mayor tal y como están reguladas en el contrato, pero si estas no están definidas por las partes, entonces la cláusula no es vinculante ni obligatoria.⁷⁶ En tales casos, las partes tendrían que ampararse en demandas de imposibilidad, cambio de circunstancias, y similares.

Pueden surgir problemas en cuanto a qué eventos exactamente están cubiertos por el lenguaje de las cláusulas de fuerza mayor. La mayoría de ejemplos están enumerados, lo más probable es que los jueces sostengan que otros están excluidos en virtud del principio de *ejusdem generis*. Por otro lado, si las partes contratantes dejan el lenguaje muy amplio, los jueces no podrán aplicar el supuesto contractual de exención de responsabilidad a aquellos acontecimientos respecto de los cuales las partes pretenden hacerlo. En última instancia, se trata de una cuestión de interpretación contractual compleja.

En resumen, la idea de que una de las partes pueda obtener una exención de sus obligaciones contractuales sobre la base de los fenómenos climáticos es viable según el Derecho Contractual de los Estados Unidos, siempre que las partes así lo hayan declarado explícitamente en sus contratos. Pero la pregunta es: ¿debería ser así? Con la tecnología moderna y el conocimiento que emerge rápidamente respecto de los patrones

climáticos extremos y cambiantes, ¿no tendría acaso más sentido que los jueces señalen que los fenómenos climáticos ya no deben ser considerados como supuestos de fuerza mayor; es decir, para no permitir que las partes invoquen cláusulas de fuerza mayor en los casos de clima extremo?

Debido a las políticas de libre contratación, resulta improbable que los jueces invaliden completamente las cláusulas contractuales de fuerza mayor. Las partes pueden asignar los riesgos tal y como les parezca. Es improbable que esto cambie en el futuro inmediato. Pero las partes contratantes tienen que ser muy conscientes de los riesgos asociados con el uso de este tipo de cláusulas. Los jueces están tomando conciencia de las consecuencias e implicancias jurídicas del cambio climático. Allí donde los jueces, en el pasado, han sostenido que ciertos fenómenos climáticos extremos se debieron a fuerza mayor, es probable que ahora examinen esta misma materia de manera mucho más crítica y con una mayor conciencia en toda la sociedad y, por lo tanto, también en el Poder Judicial, respecto de las distintas manifestaciones y realidades del cambio climático y su impacto en las relaciones jurídicas. El pasado no necesariamente es el prólogo del futuro respecto a este tema.

En aquellos casos (quizás, muy poco comunes) donde las partes contratantes no han utilizado cláusulas de fuerza mayor, los jueces podrían definir en el futuro el concepto y alcances de la fuerza mayor aún más restrictivamente en los casos de imposibilidad práctica, cambio de las circunstancias o dificultad. Por razones de política ambiental, esto sería conveniente: se obligaría y forzaría a una mayor conciencia acerca de los riesgos económicos involucrados en el continuo fracaso de la sociedad para prevenir el cambio climático. Del mismo modo, los legisladores de los países podrían, al menos en teoría, adoptar normas y reglamentos que prohíban cláusulas de fuerza mayor en los contratos para forzar una mayor conciencia en el sector económico de los problemas financieros relacionados con el cambio climático. Sin embargo, quizás también sea improbable que lo hagan, al menos en un futuro próximo.

Independientemente de lo que hagan los jueces y los legisladores, parece que es poco probable que las empresas simplemente internalicen los costos del riesgo asociado al cambio climático

74 Id.

75 Por ejemplo, una cláusula de este tipo puede señalar que una de las partes «no será responsable por cualquier costo en exceso si el incumplimiento contractual surge de causas que están más allá del control, y sin que haya habido negligencia, de la parte. Tales causas incluyen, pero no se limitan a, actos de Dios o del enemigo público, actos del Gobierno, incendios, inundaciones, epidemias, restricciones de cuarentena, huelgas, embargos de cargamentos, climas severos inusuales, y los incumplimientos de los subcontratistas debido a cualquiera de tales causas». *Austin Co. v. United States*, 314 F.2d 518 (Ct. Cl. 1963).

76 *Specialty Foods of Ind., v. City of S. Bend*, 997 N.E.2d 23, 27 (Ind. Ct. App. 2013).

sin aumentar también sus precios. Esto no va a ser muy aprobado y no es bueno desde un punto de vista nacional, sobre todo, en las economías emergentes, donde los asuntos de la asequibilidad y costos de los productos, inclusive de uso diario, pueden ser muy problemáticos. El aumento de los precios puede impedir el crecimiento económico que los expertos estiman, aunque también existen muchas preguntas en cuanto a si el crecimiento económico continuo es aún viable y sostenible desde un punto de vista global.

Las pólizas de seguros se destinan a cubrir algunos de los costos de los riesgos asociados con el hecho de estar en el mundo de los negocios. Sin embargo, las compañías de seguros continuarán cubriendo los riesgos asociados al cambio climático, ¿o acaso van a decir simplemente que las partes deberían haber sabido y tomado las medidas necesarias para evitar problemas relacionados con el clima? Para poder examinar este tema más a fondo se requeriría una mayor investigación que va más allá del alcance de este artículo, pero se está volviendo cada vez más claro que puede ser razonable para las compañías de seguros tomar la decisión de rechazar la cobertura de los daños producidos por eventos climáticos. Por ello, las partes contratantes deben ser conscientes de este riesgo.

Podría decirse que las partes no deben ser eximidas de sus obligaciones o deberes contractuales debido a presuntos eventos «extremos» del clima en el Derecho Contractual así como no lo están bajo la ley ambiental federal de los Estados Unidos. La Tierra se está calentando y de eso no hay duda. Los fenómenos climáticos extremos se están convirtiendo en la regla. Por razones de orden público, creemos que ha llegado el momento de replantearse la conveniencia legal de enviar una señal en el sentido de que, a pesar de que sabemos que cada vez más problemas surgen debido al cambio climático antropogénico, el *status quo* en las relaciones contractuales de alguna manera puede ser restaurado. Esto es, simplemente, una idea falsa. El cambio climático va a ser extremadamente costoso tanto para los particulares como para los Estados-Nación. Tal vez, las partes contratantes tendrán que enfrentar un mayor riesgo a nivel individual en el futuro. Por supuesto, todavía es imposible rastrear o buscar el origen del cambio climático en general en cualquier persona individual o parte, pero, por otro lado y en cierta forma u otra, todos somos culpables de ello. Simplemente, no podemos seguir metiendo nuestras cabezas en la arena y esperar que el problema desaparezca. A menos que se tomen medidas, es posible que, desgraciadamente, tengamos que enfrentar tanto un aumento de los riesgos como de los costos.

Una nueva forma para que los jueces obliguen a una reasignación de los riesgos del cambio

climático en el Derecho Contractual sería no solo mediante el uso de la solución binaria de «responsable/no responsable» bajo el concepto de fuerza mayor. En su lugar, podrían distribuir porcentajes de responsabilidad a cada parte, de acuerdo a nociones de equidad bajo las circunstancias presentadas en vez de dejar que las partes sean quienes decidan este asunto en últimos términos. Por ejemplo, en las normas estadounidenses que regulan la responsabilidad extracontractual, el principio de negligencia comparativa exige a los jueces que asignen un porcentaje de culpa a cada parte involucrada en un suceso que causó daños a una o ambas partes. Por lo tanto, si la parte A es 80% culpable y la parte B es 20% culpable (en esta explicación simplificada), ellos pagarán y asumirán su responsabilidad en dicha proporción. En el Derecho de Contratos, en lugar de encontrar que la parte A puede invocar la institución de la fuerza mayor y así eximirse de responsabilidad o del cumplimiento total de una obligación contractual, los jueces podrían desarrollar un concepto por el cual la parte A solo será «eximida» en cierto (pero limitado grado) (por ejemplo, en 50% si es relevante), pero tendrá que seguir siendo responsable por otro porcentaje adecuado del cumplimiento debido (por ejemplo, por el otro 50%).

¿Pero qué tendría que ver esto con el principio de la libertad de contratación? Sin duda, sacudir y molestar a algunas partes, pero una vez más: podríamos decir que ha llegado el momento para todos los sectores de la sociedad, incluido el ámbito jurídico, de darnos cuenta de que el tiempo casi se ha agotado para prevenir el cambio climático y que, por tanto (a menos que ocurra un milagro), vamos a tener que enfrentar circunstancias legales y financieras cambiantes. El hecho de que los jueces interfieran en las relaciones contractuales tal y como lo acabamos de describir, o de otra manera, podría ser objeto de controversia, pero al menos no solo elevaría aún más la conciencia sobre el cambio climático, sino que también permitiría a los jueces desempeñar un papel más relevante y activo en los problemas legales que están surgiendo en los contratos y otros aspectos del Derecho. De hecho, algunos jueces norteamericanos han expresado su preocupación de que el público en general pueda perder la fe y confianza en el sistema judicial si los jueces continúan permitiendo que las partes contratantes se eximan de sus obligaciones contractuales debido a casos de fuerza mayor. Si y solo cuando los jueces tomen medidas para dejar de ver a «la humanidad» y a la «naturaleza» como fuerzas estrictamente separadas, podrán mantener y, probablemente, aumentar la confianza depositada en ellos por la población en general. Ni siquiera en contextos comerciales o de negocios el hombre debe ser visto como un

ente legalmente separado o independiente de la naturaleza.

4.3 Responsabilidad civil extracontractual

En los Estados Unidos, las normas de responsabilidad civil extracontractual juegan un rol muy importante e influyente para determinar quién es responsable de los daños económicos que se generen o causen a otra persona. Dentro de este contexto, es muy relevante el concepto de «negligencia». Este concepto está conformado por cuatro elementos: un deber eventual de comportarse de ciertas maneras responsables, el incumplimiento de ese deber, la causalidad (es decir, la idea de que las acciones de uno pueden o no haber causado el problema respecto del que la parte contraria reclama), y daños económicos. En aquellos casos en los que no aplica la negligencia, puede ser que se aplique la responsabilidad objetiva. Las reglas en materia de responsabilidad objetiva mantienen a una parte legalmente responsable por los daños y perjuicios causados por sus actos y omisiones, independientemente del concepto de culpa.

¿Cuál es la importancia de las normas en materia de responsabilidad extracontractual del sistema jurisprudencial (*Common Law*) en los sistemas de derecho civil? Algunos abogados del sistema jurisprudencial piensan erróneamente que los jueces en el sistema de derecho civil (sistema romano-germánico) actúan simplemente como «portavoces de la ley» («porte-parole de la loi»); en otras palabras, piensan que el legislador crea las leyes y que los jueces simplemente las aplican. Esto no necesariamente es así. Por supuesto, hay una diferencia fundamental entre los dos sistemas jurídicos, pero no existe un solo concepto de equilibrio de poder en los sistemas de responsabilidad extracontractual del derecho civil.⁷⁷ Allí donde los códigos dan margen a la jurisprudencia para crear innovaciones en materia de responsabilidad extracontractual, los jueces también lo harán y en aquellos casos en los que las legislaturas son más activas, los jueces pueden asumir un papel más subordinado. En algunos países, los jueces pueden estar más dispuestos que otros a mostrar iniciativa, pero incluso en los

sistemas de derecho civil, los jueces juegan un papel muy importante. Por tanto, no es irrelevante para los países del sistema romano-germánico considerar cómo abordan el concepto de fuerza mayor los países del sistema anglosajón.

Últimamente, la doctrina del «acto de Dios» puede funcionar como un supuesto de exención tanto de la responsabilidad subjetiva (negligencia) como objetiva. A diferencia de lo que dispone la normativa ambiental, la doctrina sigue todavía vigente en el derecho de responsabilidad extracontractual de los Estados Unidos.⁷⁸ Sin embargo, el medio de defensa basado en el «acto de Dios» en la jurisprudencia norteamericana generalmente no será admitido si el evento, razonablemente, debería haberse anticipado o previsto a la luz del conocimiento de experiencias pasadas, o si la negligencia de la parte demandada exacerba la situación.⁷⁹ Mientras que el pasado es el prólogo respecto de los acontecimientos que ocurren en la actualidad, la previsibilidad se basa no solo en el pasado histórico, sino también en aquel en el cual la tecnología y ciencia modernas nos permiten proyectarnos hacia el futuro.⁸⁰ «El diseño inadecuado, la construcción, inspección y mantenimiento, son actos generados por las personas, y deben ser juzgados como tales».⁸¹ En resumen, «las defensas que invocan el acto de Dios se basan en el doble pilar de la falta de previsibilidad y falta de control. Ante la ausencia de cualquiera de ellos, la defensa fracasa».⁸²

Un ejemplo que demuestra cómo funciona esta institución es el caso *Comeaux v. Stallion Oilfield Construction*, donde varios propietarios de inmuebles en Louisiana interpusieron una demanda en contra de Stallion Oilfield Construction («Stallion») después de que el huracán Ike remeció varios materiales absorbentes utilizados en campos petrolíferos,⁸³ lo cual afectó severamente la propiedad de los demandantes y causó «daños significativos».⁸⁴ Stallion pidió que se desestimara la demanda «invocando la defensa de la fuerza mayor o acto de Dios en el caso del huracán Ike que causó una devastación inesperada e imprevista con una velocidad del viento y subida de las mareas y cauce del río nunca antes vistas (sin precedentes)».⁸⁵ Lo que estaba en discusión

77 Willem van Boom, *Comparative Remarks on Civil Law Codifications of Tort Law*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2035382.

78 Kristl, pág. 360.

79 Binder, pág. 24.

80 Id.

81 Id., pág. 19.

82 Id., pág. 37.

83 Ver: *Comeaux v. Stallion Oilfield Constr.*, 911 F. Supp. 2d 413, 415 (2012) («Las capas absorbentes tienen un promedio de 12x8 pies y están compuestas por tres capas de madera de aproximadamente 6 pulgadas de espesor. Cada capa pesa aproximadamente entre 1200 y 1500 libras.»)

84 Id.

85 Id., pág. 417.

era si Stallion estaba eximida de responsabilidad por no retirar los materiales absorbentes para petróleo o asegurarlos antes de la tormenta cuando la trayectoria de la tormenta se predijo cuatro días antes del impacto del huracán Ike.⁸⁶ El juez a cargo denegó la petición de un juicio sumario presentada por Stallion sobre la base de fuerza mayor.⁸⁷ El juez consideró que Stallion tenía «al menos cuatro días, ya sea para asegurar los materiales absorbentes o moverlos», sobre todo cuando «varias otras compañías petroleras adoptaron medidas, ya sea para asegurar o mover diversos equipos y materiales en el área antes de que el huracán Ike tocara tierra».⁸⁸

Por consiguiente, *Comeaux* demuestra que los jueces norteamericanos están dispuestos a aceptar que patrones del clima tan intensos como un huracán pueden llegar a eximir el cumplimiento de una obligación o, dicho de otro modo, a eximir de responsabilidad por su incumplimiento. Sin embargo, los jueces evalúan si, mediante el uso de la debida diligencia, la parte que incumple podría haber previsto el daño y adoptado medidas y acciones para mitigarlo. Si la parte que incumple elige ignorar y hacer caso omiso frente a la tormenta e invocar la fuerza mayor como una defensa, no se otorgará la exención de responsabilidad.

La defensa del «acto de Dios» también fracasó en los siguientes casos relacionados con el clima: en un caso ocurrido hace 38 años donde se produjeron precipitaciones mayores al promedio, el juez consideró que podría haberse previsto que podría suceder de nuevo.⁸⁹ La presencia de nieve en el río Hudson (Nueva York) durante el mes de enero no fue un «acto de Dios» impredecible.⁹⁰ Tampoco lo era la presencia de un clima frío en Texas en el mes de diciembre.⁹¹ La falta de protección contra un rayo que afectó tanques de almacenamiento de petróleo que no eran a prueba de vapor, y que tenían agujeros abiertos en la parte superior, fue considerada como una conducta negligente y no defendible como un «acto de Dios».⁹² Además, no se consideró un «acto de Dios» cuando el daño resultante podría

haberse evitado mediante el diseño de adecuados canales de drenaje (en caso de lluvias previsible y relativamente normales)⁹³, o cuando se ignoraron las advertencias sobre inadecuadas estructuras de contención de una represa en un área que había estado sujeta anteriormente a inundaciones periódicas, y a pesar de que más de 2,000 personas perdieron la vida.⁹⁴

Por el contrario, los jueces han confirmado la defensa del «acto de Dios» en un caso donde la lluvia excedió el doble de la cantidad previamente registrada,⁹⁵ donde un huracán inesperadamente enérgico y feroz hizo que buques y barcas se suelten de sus amarres y colisionen con una embarcación de propiedad de una compañía naviera,⁹⁶ en casos de huracanes severos y tormentas tropicales, vientos de alta velocidad, inundaciones después de fuertes lluvias, aumento del oleaje de los ríos y subidas de la marea.⁹⁷

Los expertos han dicho que, aunque la institución de la fuerza mayor está vigente y en pie, aporta poco, o nada, al análisis de la negligencia.⁹⁸ En consecuencia, debe ser eliminada y dar paso a un nuevo análisis sobre el aspecto de la causalidad de la negligencia.⁹⁹ «Ha llegado el momento de reconocer a la institución del acto de Dios como lo que es: una imagen anacrónica de los principios existentes de la negligencia. Esta defensa ya no sirve a un propósito útil e independiente y debe ser incorporada al deber conforme al análisis general de negligencia».¹⁰⁰ Es razonable preguntarse si los «actos de Dios» deben seguir desempeñando un papel en la determinación de la responsabilidad. Algunos han sugerido que la referencia a lo divino debe, como mínimo y por lo menos, ser reemplazado. «El problema de fondo, sin embargo, no es la etiqueta que se le pueda poner; sino, más bien, llegar a determinar si la ley debe seguir reconociendo la premisa de que un evento climático extremo como un huracán, tormenta, viento o inundación -ya sea si se le denomina un 'acto de Dios' o fuerza mayor- siempre podrá liberar o eximir a los demandados de responsabilidad».¹⁰¹

86 Id.

87 Id., pág. 425.

88 Id., pág. 424.

89 *Cover v. Platte Valley Pub. Power & Irrigation Dist.*, 75 N.W.2d 661, 664 (Neb. 1956).

90 *Sargent Barge Line v. The Wyomissing*, 127 F.2d 623, 624 (2d Cir. 1942).

91 *Tex-Jersey Oil Corp. v. Beck*, 292 S.W.2d 803, 807 (Tex. Civ. App. - Texarkana 1956), *aff'd in part rev'd in part*, 305 S.W.2d 162 (Tex. 1957).

92 Id.

93 *United States v. J.B. Stringfellow, Jr.*, 661 F. Supp. 1053, 1061 (C.D. Cal. 1987).

94 Ver, en general, Donald J. Jackson, *When 20 Million Tons of Water Flooded Johnstown*, Smithsonian, mayo 1989, pág. 50; Clare Ansberry, *Johnstown Offers A Lot to Devotees of Floods This Year*, Wall St. J., 31 de mayo de 1989, en A1.

95 *Curtis v. Dewey*, 475 P.2d 808, 810 (Idaho 1970).

96 *Petition of United States*, 425 F.2d 991, 996 (5th Cir. 1970).

97 Kristl, pág. 337.

98 Binder, págs. 3-4.

99 Id.

100 Binder, pág. 4.

101 Kristl, pág. 157.

En aquellos países que adoptan el derecho anglosajón, un cambio o replanteamiento en esta materia tendrá que venir del trabajo de los jueces. Ellos tendrán que realinear sus enfoques y comprensión tanto de la responsabilidad civil extracontractual como del cambio climático, de manera que sus pronunciamientos reflejen el nuevo significado fáctico y jurídico de los fenómenos climáticos. En el futuro, la cuestión de la responsabilidad por los daños causados por los fenómenos climáticos extremos se volverá aún más relevante en tanto los demandados probablemente tratarán de evitar que les alcance la responsabilidad extracontractual alegando que los hechos no eran «previsibles», «extraordinarios», «sobrevinientes», etc. Con la finalidad de enviar un mensaje de desplazamiento de la carga económica a las partes e instarlas a tomar mejor en cuenta las consecuencias e implicancias realistas del cambio climático antes de la ocurrencia de daños a nivel privado, los jueces no deben sostener ni amparar fácilmente la existencia de la fuerza mayor. De hecho, la aplicabilidad de la defensa de la fuerza mayor ya se ha reducido en proporción inversa a la rápida expansión de los conceptos de previsibilidad en general.¹⁰² Como es muy probable que el número de contingencias relacionadas con el cambio climático aumente en el futuro cercano, los jueces deberían definir y aplicar más restrictivamente el concepto de fuerza mayor para animar a las partes a prevenir mejor estos problemas, en primer lugar, o para internalizar los costos de los mismos si no pueden o logran hacerlo.

4.4 Derecho Internacional Público

En el Derecho Internacional Público, el concepto de fuerza mayor se encuentra ahora regulado, por ejemplo, en el artículo 23 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional ('Artículos ILC'), el cual señala lo siguiente:

«La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación».

Lo indicado anteriormente no es aplicable si:

- a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

«Hechos irresistibles» y «hechos imprevistos» no constituyen el mismo tipo de fenómeno.¹⁰³ Asimismo, estos hechos pueden ser naturales (es decir, provocados por fuerzas de la naturaleza) o producidos por el hombre. Sin embargo, siempre y cuando el evento subyacente sea irresistible o imprevisto, resulta irrelevante si se trata de un fenómeno antropogénico o natural.¹⁰⁴ No obstante, nótese que la exención de responsabilidad ha sido aplicada usualmente a los fenómenos naturales.¹⁰⁵ Uno de los ejemplos de fuerza mayor más comúnmente citados en las normas «principales o madres» del Derecho Internacional (por ejemplo, en las normas relativas a la conducta de los Estados) se refiere a las fuerzas naturales, tales como inundaciones, incendios y terremotos.¹⁰⁶ Por ejemplo, la defensa en cuestión ha sido planteada en relación con la pregunta de si un barco arrastrado por el mal tiempo hacia un puerto extranjero estaría sujeto a la jurisdicción civil del Estado en cuyas aguas dicho barco se habría introducido.¹⁰⁷

Otros ejemplos incluyen situaciones como guerras, ocupaciones, esclavitud, revoluciones, el eventual derecho de paso libre a través de las aguas de otros países, y el tratamiento de los nacionales y de las inversiones en el extranjero.

Como se ha mencionado anteriormente, la institución opera como un posible supuesto de exención de responsabilidad para un Estado que no puede cumplir con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, en aras de la estabilidad de las relaciones jurídicas internacionales, la regla es estricta y rigurosa. Incluso antes de la referida regulación o codificación, las cortes internacionales se mostraron escépticas ante las demandas de fuerza mayor y, por tanto, también han aplicado una alta exigencia y grado de prueba en este sentido para poder dar paso y complacer a la fuerza mayor.¹⁰⁸ En estas épocas, una alegación o súplica en términos de fuerza mayor en el contexto del Derecho

102 Binder, pág. 77.

103 Paddeu, pág. 394.

104 Id.

105 Id., pág. 493.

106 Id., págs. 405, 424.

107 Id., págs. 405-406.

108 Id., pág. 494.

Internacional será sostenida o confirmada solo en muy pocos y contados casos.¹⁰⁹

El jurista peruano y ex Ministro de Relaciones Exteriores, Wiese, es uno de los pocos abogados de América Latina que ha respaldado la máxima y última responsabilidad de los Estados por los daños causados durante disturbios internos.¹¹⁰ En otras palabras, él no permitiría que los Estados-Nación utilicen la institución de la fuerza mayor como una exención de la responsabilidad estatal. Hablando en términos generales de la responsabilidad estatal, Wiese parecía rechazar, en principio, toda posibilidad de aplicar la noción de fuerza mayor a materias relacionadas con la responsabilidad estatal. En vez de ello, él creía que «no es excusa para eludir la responsabilidad, el hecho de que el gobierno del Estado o sus funcionarios se encuentren en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que les respectan, pues, argumentando en abstracto, la existencia de las obligaciones internacionales y de sus derechos correlativos envuelve la posibilidad de ejecutarlos, y porque el hecho de la omisión en cumplir el deber, y no la causa de esa omisión, es el origen de la responsabilidad».¹¹¹

Wiese consideraba que la responsabilidad del Estado era el punto crucial de esta materia. A su juicio, la causa del problema era mucho menos relevante. Esta es una visión renovada y madura sobre cómo las Naciones e, incluso, eventualmente, los particulares, podrían estar obligados a enfrentar las consecuencias económicas y humanas de los problemas causados por el cambio climático en lugar de buscar eximirse de la responsabilidad, en forma inmadura. Nuevamente, debemos manifestar que es cierto que cada Nación y actor particular no es, y no debe ser, responsable por grandes partes del problema que se verifican desproporcionadamente, ya sea que este consista en daños causados a particulares o, a nivel nacional e internacional, en el cambio climático en sí mismo. Pero, por otro lado, seguir permitiéndoles a las partes y a los Estados-Nación sacudirse del problema, de alguna u otra forma, alegando que «no es mi culpa» tampoco es ya fáctica ni legalmente adecuado. La trazabilidad es un problema de hecho que aún no se ha resuelto. Tal vez se trata de algún tipo de responsabilidad proporcional que podría despertar tanto a los Estados-Nación como a los particulares del letargo en el que parece que aún nos encontramos a la hora de tomar medidas contra, y responsabilidad por, el cambio climático y sus numerosos efectos

negativos en todo el mundo directamente desde el ámbito privado hasta llegar a escalar al nivel de negociación de tratados internacionales.

5. Reconsideraciones en torno a la institución de la fuerza mayor

A menudo, nos resistimos a alinear nuestros conceptos legales con entendimientos científicos modernos y así perpetuar implícitamente el mito de que nuestras acciones no traen consigo consecuencias climáticas. Cuando los jueces admiten los supuestos de exención de responsabilidad sobre la base de hechos de fuerza mayor o «actos de Dios» bajo la creencia de que la humanidad está separada de la naturaleza, su análisis es fácticamente erróneo y ya no es analíticamente soportable.¹¹² Dichos pronunciamientos ayudan a perpetuar ese mito. Si los jueces continúan viendo el aspecto humano y natural como algo estrictamente separado en el contexto de la causalidad en los eventos climáticos, la confianza del público en los tribunales de hecho disminuirá. Ya no pueden dibujarse líneas entre el «hombre» y la «naturaleza», y, en consecuencia, los jueces tampoco deberían hacer esta distinción nunca más. Por ejemplo, los jueces todavía trazan líneas y sólidas diferencias entre terremotos, incendios, tormentas, huracanes y tornados como «actos de la naturaleza» frente a lo que es un diseño, construcción, inspección y mantenimiento inadecuados de las estructuras, que constituyen actos del hombre. La Corte Suprema de México menciona «incidentes de la naturaleza o de la conducta humana»,¹¹³ que últimamente suelen tratarse del mismo asunto. También sostiene que si un evento es «desconocido» por la parte que solicita la exención, el evento tampoco es directa ni indirectamente atribuible a la parte. Los fenómenos climáticos extremos pueden no ser directamente atribuibles a ninguna parte o Nación, pero, de manera indirecta, seguramente lo son. De hecho, de nada nos sirve ignorar las consecuencias futuras del cambio climático en términos del costo económico; ha llegado el momento de abordar legal y frontalmente este problema. Debemos alinear nuestros sistemas normativos con nuestros conocimientos científicos del mundo en el que vivimos. De lo contrario, solo nos estaremos engañando a nosotros mismos, como tal vez muchos de nosotros hemos sido engañados en el pasado reciente. Por ejemplo, ya en 1966, un informe a la Comisión de Comercio del Senado de los Estados Unidos detalló las posibilidades para determinar la responsabilidad legal por causa

109 Id.

110 Muñoz, pág. 418.

111 Wiese, *Reglas*, 78-79 (§73).

112 Fraley, pág. 687.

113 245709. Sala Auxiliar. Seiptima Eipoca. Semanario Judicial de la Federaciöin. Volumen 121-126, Seiptima Parte, pág. 81.

de «modificación en el clima y tiempo».¹¹⁴ Cinco décadas después, este problema sigue siendo objeto de debate; de hecho, parece que solo ahora este tema ha ganado cierta urgencia e importancia en las discusiones legales. El cambio climático global generará que los jueces se enfrenten con tipos de situaciones fácticas difíciles que hacen que sea imposible pretender que la antigua división entre hombre y naturaleza permanezca intacta.¹¹⁵

Del mismo modo, los particulares vinculados con la mayoría de las industrias también necesitan considerar cómo adoptan una respuesta correcta en relación con los problemas del cambio climático. Sin embargo, el problema sigue estando relacionado con la forma de prever exactamente qué respuesta debe implementarse antes de que se produzcan los respectivos problemas o consecuencias. Esta es la razón por la que resulta cada vez más importante desde el punto de vista legal que las partes contractuales consideren y prevean claramente quién deben ser legalmente responsable frente a determinados y eventuales hechos causados por eventos climáticos severos, siempre y cuando los jueces continúen admitiendo las cláusulas de fuerza mayor.

El cambio climático requerirá que los demandados tomen muchas más precauciones, las cuales podrían implicar la implementación de actos que no son eficientes en términos económicos. Pero, en realidad, las normas y reglas «climáticamente amigables» pueden ayudar a las compañías a ahorrar dinero. Por ejemplo, Apple ha introducido empaques que requieren menos materiales, permitiéndole así ahorrar dinero y ayudar al medio ambiente. En los Estados Unidos, muchas ciudades ahora prohíben a los supermercados regalar bolsas de plástico desechables. Incluso a nivel nacional, «es completamente posible lograr tanto el crecimiento económico como, a la vez, hacerle frente al cambio climático. La tradicional contraposición de la que mucha gente habla acerca de la relación entre el crecimiento y la responsabilidad ambiental constituye un falso dilema».¹¹⁶

Además, así como la noción de una «persona razonable» es una ficción legal (ya que ningún individuo puede compararse verdaderamente con lo que significa «razonable» ni constituir un punto de referencia de lo que es «razonable»), también lo es la noción del concepto de fuerza mayor al aplicarse al cambio climático. Incluso los terremotos

podrían llegar a ser atribuibles a nuestra eterna búsqueda de más petróleo y gas para el consumo humano. Por ejemplo, Oklahoma registró más terremotos (207) incluso que en California (140) a partir de enero hasta principios de junio del 2014.¹¹⁷ La inyección de aguas residuales en el fondo de la Tierra producto de la industria de hidrocarburos está ligada al cambio en la actividad sísmica. Aun considerando lo que haría una «persona razonable», los jueces toman las circunstancias de los distintos casos que se les ha presentado antes de contar con ellos. De hecho, la jurisprudencia estadounidense es, a menudo, altamente circunstancial, lo cual es positivo. Pero esa misma consideración se debe aplicar a las nociones de fuerza mayor al encontrarse esta institución relacionada con los problemas de origen climático. Ambas nociones, sin duda, deben ser o seguir siendo entrelazadas en el futuro: si una parte busca eximirse de responsabilidad o del cumplimiento de una obligación contractual debido a un supuesto caso de fuerza mayor, los jueces, de manera mucho más cuidadosa que antes, deben considerar lo que una parte razonable haría o incluso debería haber hecho en esas mismas circunstancias. Los informes, reportes periodísticos e informativos y los medios de comunicación en general, han creado mucha conciencia acerca de los fenómenos climáticos extremos, de modo que la fuerza mayor, en estricto y verdadero sentido, ya no es vista como un supuesto de exención de responsabilidad apropiado con relación a los problemas y efectos causados por el clima, en la medida de que las partes ahora pueden prever la mayoría de los problemas que ocurrirán, por lo que los tribunales de justicia y/o los legisladores deberían exigirles que hagan algo para evitar consecuencias negativas para los demás. Lo que se entenderá por «razonable» en el futuro bien podría ser diferente de lo que hoy en día significa debido, en gran parte, al cambio climático. Tal y como correctamente se ha dicho, «hay una pregunta legítima de si los jueces deben, como cuestión de política pública, seguir fingiendo que los humanos no son actores que influyen en los eventos climáticos, lo que perpetúa la ignorancia moral de las consecuencias ambientales de nuestra vida moderna».¹¹⁸

6. Conclusiones

Es muy probable que los problemas causados por el cambio climático sean «actos de las personas,» y no «actos de Dios».¹¹⁹ En este sentido, la institución de la fuerza mayor debería redefinirse teniendo en

114 Fraley, pág. 685.

115 Fraley, pág. 687.

116 Alex Morales, *Fighting Climate Change is Profitable, Mexico's Former President Felipe Calderon Says*, International Environmental Reporter, 25 de junio del 2014.

117 Marlena Baldacci et. al, *Oklahoma Quakes This Year Top Tremors in California*, CNN.com, 19 de junio, 2014.

118 Fraley, pág. 690.

119 Binder, pág. 76.

cuenta nuestras concepciones y conocimientos científicos actuales de nuestro entorno natural. En materia de responsabilidad civil extracontractual, la noción de negligencia ya cubre suficientemente la institución, la cual, por lo tanto, no tiene ninguna función independiente.

En el contexto de la legislación ambiental norteamericana, las partes hasta ahora no han sido autorizadas a eludir o eximirse de su responsabilidad invocando la fuerza mayor. La futura legislación ambiental que se cree en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones, específicamente, no debería permitir que este medio de defensa sea invocado en relación con los eventos meteorológicos extremos, por razones de políticas públicas.

En el Derecho Contractual, se puede decir que a las partes se les puede continuar permitiendo asignar los riesgos de sus respectivas actuaciones o cumplimientos como deseen y, de repente, con mayor razón en el futuro considerando que es muy probable que los problemas relacionados con el cambio climático aumenten en intensidad y en número. Pero las partes deben ser muy conscientes de las nuevas formas en que los jueces pueden mirar e interpretar los problemas que pueden ser alegados y argumentados por ellas como eventos que se encuentran fuera de su control. De esta manera, puede decirse que hay más efectos indirectos que deben jugar un papel más importante en la asignación de costos y riesgos en el futuro. Parte de los esfuerzos de adaptación que están adquiriendo cada vez mayor relevancia (como la mitigación del clima) parece haber perdido también la fuerza necesaria

para que las partes involucradas con las industrias intensivas o contaminantes (en términos de la emisión de dióxido de carbono) internalicen los riesgos y efectos adversos de sus operaciones aunque, lamentablemente, esto probablemente únicamente originará un incremento de precios.

En el contexto internacional, los Estados no pueden eximirse a ellos mismos de su responsabilidad estatal «si la situación de fuerza mayor se debe, únicamente o junto con otros factores, a la conducta del Estado que la invoca». Tal vez, ello se utilizaría con el fin de encontrar que la «conducta» en esta norma incluya los supuestos de omisión de conductas por los Estados que continúan negándose a adoptar legislación nacional o internacional contra el cambio climático, como un efectivo Tratado Internacional en materia de cambio climático. Se puede decir que los Estados son las últimas y verdaderas causas del problema, así como ellos por muchos años se han rehusado a tomar las medidas legales pertinentes, en el ámbito nacional e internacional, para mitigar el cambio climático y, sorprendentemente, a menudo continúan evitando la adopción de medidas apropiadas para hacer algo con relación a este problema global extremadamente grave.

Como dijo Voltaire, «Los hombres argumentan. La naturaleza actúa». Creo que ha llegado el momento de que la especie humana deje de argumentar tanto acerca del cambio climático y, en su lugar, actúe más para contrarrestarlo. Esta actitud proactiva incluye una comunidad jurídica que requiere no solamente reconsiderar, sino también actuar sobre, las nuevas realidades legales que son originadas por el cambio climático. 🌱