

El derecho a regular minerales críticos y el régimen internacional de inversiones: Una perspectiva desde Hispanoamérica

The Right to Regulate Critical Minerals and the International Investment Regime: A Perspective from Latin America

José Ignacio Hernández G.*
Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

América Latina, y en especial los países de Hispanoamérica, han mostrado una histórica reticencia hacia el Derecho internacional de inversiones, como resultado del principio de no intervención y de la influencia de la doctrina Calvo. Fue esta posición la que llevó a la región a oponerse a la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Sin embargo, hacia fines del siglo XX, la región giró a favor de la celebración de muy imprecisos tratados bilaterales de inversión, lo que respondió más bien a la necesidad práctica de atraer inversiones. El aumento de reclamos arbitrales llevó a replantear las críticas hacia el Derecho internacional de inversiones, como lo demuestran los casos más recientes de Ecuador y Honduras. Esta visión crítica se ha acentuado en el contexto de las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático, y en especial, la protección del derecho a un clima sano. Entre abdicar de este derecho o mantener los muy imprecisos tratados actuales, la región puede optar por reformar el Derecho internacional de inversiones para dar mayor protección al derecho a regular, esto es, la soberanía del Estado sede para conducir políticas económicas, como recientemente concluyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-32/25, sobre emergencia climática. Esto resulta de especial interés para procurar mecanismos de fomento de la inversión extranjera en la producción de los minerales críticos necesarios para avanzar en la descarbonización, al tiempo que se salvaguarda el ejercicio de legítimas políticas, en especial, las orientadas a proteger el derecho al medio ambiente sano.

Abstract:

Historically, Latin America, particularly Spanish America, has shown hesitance towards international investment law due to the principle of non-intervention and the Calvo doctrine's influence. This stance contributed to the region's opposition to establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes. However, by the late 20th century, there was a shift toward broadly defined bilateral investment treaties aimed at attracting investments more practically. An increase in arbitration claims prompted a reevaluation of the criticisms regarding international investment law, highlighted by recent cases in Ecuador and Honduras. This important perspective has been emphasized within the scope of climate change mitigation and adaptation policies, especially regarding the safeguard of the right to a healthy environment. The region now faces a choice: either relinquish this international investment law or keep the existing ambiguous treaties. Alternatively, it may reform international investment law to protect the right to regulate, particularly concerning host states' economic policies, has recently concluded by the Inter-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y Fellow del Harvard Kennedy School. Profesor invitado Universidad Castilla-La Mancha-PUCMM-Universidad de Taskent. Autor de diversos artículos y libros sobre Derecho Administrativo, en especial, desde la perspectiva Iberoamericana.

American Court of Human Rights in its Advisory Opinion OC-32/25 regarding the climate emergency. This is crucial for developing mechanisms to encourage foreign investment in critical minerals needed for decarbonization while upholding legitimate policies that protect the right to a healthy environment.

Palabras claves:

Derecho internacional de inversiones; no intervención; doctrina Calvo; derecho a regular; minerales críticos; transición energética; derecho a un clima sano.

Keywords:

international investment law; non-intervention; Calvo doctrine; right to regulate; critical minerals; energy transition; right to a healthy climate.

1. Introducción

La relación entre América Latina y el Derecho Internacional de Inversiones ha sido pendular, marcada por movimientos a favor y en contra de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y de otros tratados internacionales de inversión (TIIs). Estos movimientos han estado inspirados por la interpretación del principio de no intervención y por la mayor o menor resistencia al impacto del Derecho internacional en las relaciones entre el Estado sede de la inversión y el inversionista extranjero.

Dentro de la región, Brasil ha adoptado una posición de rasgos propios, que no se basa en modelos tradicionales de TBIs, sino en modelos de acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (Choer & Hees, 2018). En Hispanoamérica, por el contrario, puede apreciarse con mayor claridad este movimiento pendular, que, de manera especial, incide en la relación de la región con el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Por ello, en este artículo, hemos optado por aplicar el método comparado a un subconjunto de América Latina, y así, enfocarnos en Hispanoamérica o la América Española¹.

Este método comparado nos permitirá analizar cómo los países de Hispanoamérica han abordado la relación con el Derecho internacional de inversiones, dejando a salvo la peculiar posición de Brasil. En especial, este enfoque nos permite realzar la perspectiva de la cual parte este artículo, cual es el impacto que el Derecho internacional de inversiones puede tener en los minerales críticos, de especial importancia en países de Hispanoamérica, como lo evidencia el llamado Triángulo del Litio, ubicado en Argentina, Bolivia y Chile².

A estos efectos, la relación entre los minerales críticos y el Derecho internacional de inversiones —tema de gran actualidad en el contexto de la transición energética— es enfocado desde el llamado derecho a regular. Este principio, reconocido en el Derecho internacional de inversiones, de acuerdo con el cual el Estado tiene plena soberanía para intervenir en la economía, en especial, mediante la ordenación jurídica de recursos naturales en el contexto de las políticas climáticas y la protección del derecho a un ambiente sano. Este artículo propone que, para procurar el equilibrio entre la ordenación jurídica de los minerales críticos necesarios para la descarbonización de la economía y la protección de inversiones, debe otorgarse mayor peso al derecho a regular.

Un obstáculo para alcanzar dicho equilibrio es la tradicional posición crítica hacia el Derecho internacional de inversiones. Así, la experiencia de Argentina con el arbitraje internacional de inversiones luego de la profunda crisis económica de inicios del siglo XXI ayudó a elevar las críticas en torno a la legitimidad del arbitraje internacional para resolver disputas relacionadas con políticas públicas. Tal criticismo se exacerbó con la ola de demandas arbitrales en contra de Venezuela, como resultado de las políticas de nacionalización adoptadas desde 2006. Esto dio lugar a proponer una alianza de cooperación regional para hacer frente al CIADI. Asimismo, Constituciones como la de Bolivia (artículo 366), han introducido limitaciones al arbitraje internacional, en concreto, en disputas relacionadas con la cadena productiva de hidrocarburos. Además, Venezuela marcó la política de denunciar el Convenio CIADI, en un intento de desvincularse del Derecho internacional de inversiones. Más recientemente, Ecuador pasó de denunciar a la nueva ratificación del Convenio, para

1 Esto es, los países del continente América colonizados por España. Es importante acotar que, desde el método comparado, es posible seleccionar los modelos a contrastar de acuerdo con su afinidad histórica y geográfica (Napolitano, 2020). De allí la pertinencia metodológica de aplicar el método comparado a la América Española, o Hispanoamérica (García-Gallo, 1974).

2 Como se explica en este artículo, los minerales críticos son aquellos necesarios para la generación de electricidad sustituyendo el uso de combustibles fósiles. Esto es, que estos minerales son necesarios para la descarbonización de la economía. Quizás el mejor ejemplo es el litio, cuyas mayores reservas se encuentran en Argentina, Bolivia y Chile, en el llamado Triángulo del Litio (Gutiérrez et al., 2025).

volver a adoptar una posición crítica, resultado del referendo consultivo realizado en 2024. Honduras es el más reciente ejemplo de este intento de huida de Derecho internacional de inversiones (Rodríguez-Arana & Hernández, 2016). Esta posición crítica ha sido recogida recientemente en la Opinión Consultiva OC-32/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 29 de mayo de 2025, sobre la emergencia climática, en la que se destaca la importancia de procurar el equilibrio entre las potestades de intervención en protección del medio ambiente y los derechos de la inversión extranjera.

El aprovechamiento de los minerales críticos en la región, como es el caso del litio, requiere de diversas condiciones, entre ellas, un adecuado marco jurídico de protección de inversiones privadas, en especial las inversiones extranjeras, y que, al mismo tiempo, salvaguarde el derecho a regular del Estado. A estos fines, este artículo propone la necesidad de avanzar en una nueva interpretación del Derecho internacional de inversiones, basada en el equilibrio entre la protección de inversiones y el derecho a regular. Para ello, se proponen no solo cambios de paradigma en la interpretación de este Derecho, sino, además, cuatro reformas en los TBIs. Estas propuestas toman en cuenta las experiencias con el arbitraje internacional de inversiones relacionadas con disputas energéticas y mineras, y especialmente, la experiencia de España con la transición a las energías renovables. Como se explica en este artículo, esta experiencia es valiosa, pues refleja el riesgo derivado de modelos de tratados indeterminados, como el que tiende a prevalecer en los países de Hispanoamérica.

La premisa del presente trabajo es que dicho cambio de interpretación es particularmente necesario en el contexto de la transición energética. Esta transición requerirá electrificar la economía, lo que a su vez demanda innovaciones tecnológicas cuya implementación pasa por el uso de los minerales críticos como materia prima, por ejemplo, baterías. La producción de estos minerales se enfrenta a la tensión en torno al marco jurídico de la inversión extranjera, con una importante consecuencia: si la región no puede aportar un suministro estable de minerales críticos, podría obstruirse el proceso de electrificación de la economía y, con ello, el cumplimiento de la meta de emisiones netas. En suma, la descarbonización de la economía requiere de su electrificación, y ésta, pasa por un suministro estable de minerales críticos, junto con su cadena de valor³.

Para abordar esta nueva visión, el artículo se divide en dos partes. En la primera, se resume la posición tradicional de Hispanoamérica frente al Derecho internacional de inversiones, desde el principio de no intervención. Este es un principio profundamente arraigado en la historia de la región y no sólo una consecuencia de las políticas nacionalistas adoptadas de acuerdo con los vaivenes políticos. En esta sección se explica por qué las políticas de apertura a la inversión extranjera durante el Consenso de Washington se basaron en el préstamo institucional, en lugar del diseño de TBIs ajustados a las necesidades, valores y costumbres de la región. Como resultado, los tratados contienen estándares generales e imprecisos que colocan en riesgo el derecho a regular. Para realzar la inadecuación de ese marco jurídico, analizaremos en clave comparada la experiencia de España con el Tratado de la Carta Energética, el cual contiene, igualmente, estándares generales e indeterminados que afectaron la implementación de políticas públicas.

La segunda parte plantea una solución a la inadecuación de los TBIs en la región, enfocando las preocupaciones sobre el principio de no intervención en el concepto más técnico del derecho a regular. Este derecho es especialmente relevante para procurar el equilibrio entre las potestades públicas requeridas para ordenar la producción de minerales críticos y la promoción de inversiones necesarias para asegurar el suministro estable de estos minerales, en el contexto de la descarbonización. A estos efectos, proponemos cuatro recomendaciones prácticas para la elaboración de un modelo de TBI pensado en la realidad de los países de Hispanoamérica.

2. El principio de no intervención y el préstamo institucional de modelos de tratados bilaterales de inversión. Las lecciones desde España

Durante las discusiones del Convenio CIADI, Chile resumió la posición latinoamericana: los Estados sede de la inversión no requieren de un sistema internacional para resolver disputas con los inversionistas, en tanto esas disputas pueden ser atendidas por los tribunales domésticos. Esta posición es reflejo de la doctrina Calvo, muy influenciada por la defensa del principio de no intervención en Hispanoamérica, y cuyo resultado práctico es favorecer la aplicación del Derecho público doméstico a las relaciones con inversionistas extranjeros, todo lo cual tiende a crear barreras a la aplicación del Derecho Internacional Público, en especial, para dirimir disputas.

3 La transición energética requiere cumplir, en especial, con dos políticas: reducir el consumo de combustibles fósiles y aumentar las fuentes limpias o renovables. La electrificación de la economía cumple con esas políticas, pero esta electrificación solo es posible si se cuentan con las materias primas necesarias, y en especial, los minerales críticos. De allí que el rol de la región en la transición energética no solo se limita a la reducción del consumo de combustibles fósiles, pues también debe extenderse a asegurar el suministro de estos minerales (Hausmann, 2021).

Pero esta posición dio un giro hacia fines de la década de los noventa, cuando Hispanoamérica se abrió a los TBIs y al Convenio CIADI. Algunos quisieron ver, en este giro, el abandono de la doctrina Calvo. Creemos, por el contrario, que respondió a razones prácticas: la imperiosa necesidad de elevar de manera acelerada la competitividad de la economía, y así, superar la llamada “década perdida”. Por ello, nuestra hipótesis es que la apertura al Derecho internacional de inversiones fue un tanto irreflexiva, lo que se tradujo en la adopción de TBIs pensados más para países desarrollados —o, como se les conocía, países exportadores de capital— que para países emergentes o importadores de capital.

La crisis de Argentina, y las arbitrarias políticas expropiatorias de Venezuela realzaron las críticas sobre la inadecuación de este modelo de TBIs, dando lugar a reacciones como la denuncia del Convenio CIADI. Más allá de estas posiciones, lo cierto es que el modelo de tratado empleado por la región contiene estándares de protección de inversiones

generales e imprecisos, que colocan en riesgo el diseño y la implementación de políticas públicas. La experiencia de España ofrece importantes lecciones para comprender mejor esta inadecuación.

2.1. La doctrina Calvo, la no intervención y la resistencia inicial frente al Derecho Internacional de Inversiones

El segundo TBI suscrito en la historia fue con un país de Hispanoamérica, República Dominicana, en 1959. Este dato es peculiar, pues los antecedentes históricos de los tratados de protección de inversiones en la región no corresponden con su histórica resistencia hacia el Derecho Internacional de Inversiones. Así, a la fecha, los países que integran a Hispanoamérica han suscrito 736 TIs, como se resume en este cuadro, el cual no solo considera los TBIs, sino los otros tratados con cláusulas de inversión (TCIs), como los tratados de libre comercio. La sumatoria arroja los TIs suscritos, más allá de su vigencia formal⁴:

Tabla 1
TIs vigentes en América Latina, al 21 de abril de 2025.

País	TIs	TBIs	TCIs
Argentina	74	54	20
Bolivia	11	1	10
Chile	85	46	39
Colombia	40	18	22
Costa Rica	40	21	19
Cuba	63	59	4
Ecuador	16	3	13
El Salvador	32	20	12
Guatemala	32	19	13
Honduras	23	9	14
México	48	32	16
Nicaragua	26	15	11
Panamá	33	22	11
Paraguay	44	24	20
Perú	59	26	33

4 Los TBIs responden al modelo de tratado tradicional para proteger inversiones, suscrito entre dos Estados que se comprometen a respetar estándares de protección frente a las inversiones de la nacionalidad del otro Estado. Además, otros tratados pueden incluir provisiones de protección de inversiones, como sucede con los tratados de libre comercio: estos son los TCIs. Los TIs son, en general, los tratados que incluyen provisiones de protección de inversiones, y que resultan, en la tabla, de la sumatoria de los TBIs y los TCIs.

República Dominicana	21	14	7
Uruguay	53	32	21
Venezuela	36	30	6
Total	736	445	291

Fuente: Investment Policy Hub

El número de TIs vigentes refleja que Hispanoamérica no favorece fuertemente esos tratados. El país con más tratados —Argentina— ocupa el puesto 32 en números de TIs. Los cinco primeros países con mayor número de tratados (China, Turquía, Alemania, Emiratos Árabes Unidos y Suiza) han suscrito más tratados que todos los países de Hispanoamérica. Este bajo número de TIs en la región responde a varias causas, como la preferencia por mecanismos contractuales de solución de inversiones. Sin embargo, quizás el elemento de mayor peso que actúa como barrera es la influencia histórica del principio de no intervención.

En términos sencillos, este principio postula que los Estados tienen plena soberanía sobre sus asuntos internos, incluyendo las relaciones con extranjeros y, en concreto, con inversionistas extranjeros. Este principio se consolidó como reacción a la llamada diplomacia del buque de guerra, esto es, el uso de la fuerza por parte de los Estados de la nacionalidad del inversor para imponer soluciones de disputas, como sucedió con el bloqueo a las costas de Venezuela en 1904 (Hood, 1983). La doctrina Calvo —en alusión al jurista argentino que la postuló— proclama que las relaciones de los Estados con los extranjeros se someten al Derecho doméstico y a la jurisdicción de los tribunales domésticos (Hernández, 2016; Vandeveld, 2010). Esta doctrina fue luego incorporada como cláusula obligatoria en ciertos tipos de contratos (Shea, 1955). Incluso, la obligatoriedad de la cláusula puede tener rango constitucional. Así sucede, por ejemplo, según el artículo 151 de la Constitución de Venezuela:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán

decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Durante el siglo XX, el principio de no intervención fue empleado especialmente para proteger la soberanía estatal en el diseño e implementación de políticas económicas públicas. Desde la Constitución de México de 1917, el Derecho constitucional en la región ha aumentado las tareas del Estado en la economía, incluida la soberanía para regular las actividades económicas. Notablemente, a partir de la década de los sesenta, la región defendió el “Nuevo Orden Económico Internacional” y la soberanía nacional sobre los recursos naturales, incluyendo minerales⁵. El propósito último era reivindicar la soberanía para regular los recursos naturales frente al Derecho internacional, lo que podía incluso llegar a la adopción de políticas de nacionalización (Novoa Monreal, 1974). La defensa de la soberanía nacional para regular la economía también se reflejó en el modelo de sustitución de importaciones, de acuerdo con el cual los Estados asumieron el rol conductor del desarrollo económico, promoviendo e incluso asumiendo actividades económicas, y acudiendo a restricciones al comercio internacional (Hausmann, 2011).

De acuerdo con esta evolución, el principio de no intervención en materia de políticas económicas se basa en tres postulados de especial importancia para los minerales:

En *primer lugar*, los Estados tienen la soberanía de diseñar y aplicar políticas regulando el ejercicio de actividades económicas. En el ámbito del Derecho internacional, estas políticas aluden al poder de policía, el cual abarca todas las medidas a través de las cuales el Estado regula actividades económicas, incluso, mediante leyes⁶. Más recientemente, y como explicamos en la siguiente parte, se ha aludido al derecho a regular, para describir la soberanía

5 En especial, véase la Resolución N.º 1803 (XVII) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, sobre “Soberanía permanente sobre los recursos naturales” (Dugan *et al.*, 2008, p. 25).

6 El “poder de policía” es un concepto amplio que abarca los poderes soberanos del Estado sede de la inversión para ordenar y limitar actividades económicas de acuerdo con su soberanía, incluso, cuando tales actividades sean ejercidas por la inversión extranjera. El poder de policía es relevante porque justifica restricciones a los derechos de los inversionistas desde el Derecho internacional de inversiones (Titi, 2018). El concepto de poder de policía es empleado en la jurisprudencia de arbitraje de inversiones, incluso, en casos relacionados con Hispanoamérica. Véase en especial el asunto *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad (CIADI, 2012, párrs. 471 y 529).

del Estado sede de la inversión para diseñar e implementar políticas públicas (Levashova, 2019)⁷.

En *segundo lugar*, el poder de policía es discrecional y no está sujeto a límites legales específicos desde el Derecho internacional. Por el contrario, los Estados deben tener un margen de discrecionalidad para definir su contenido y alcance. Este principio está influenciado por la evolución del Derecho constitucional en la región como un Derecho transformador, en el cual el Estado asume el rol de garante de necesidades esenciales asociadas a derechos económicos, sociales, culturales y, particularmente, ambientales (von Bogdandy, 2017).

Finalmente, en *tercer lugar*, el poder de policía se rige por el Derecho público interno, en concreto, por el Derecho constitucional y administrativo. En la práctica, esto genera una tensión entre el Derecho internacional y el Derecho público doméstico, en tanto ambos pueden incidir en las relaciones entre el Estado sede de la inversión y el inversionista extranjero. Precisamente, el poder de policía —y su moderna expresión en el derecho a regular— tienden a salvaguardar la soberanía del Estado para desplegar instituciones de Derecho público en la economía, frente a las obligaciones derivadas del Derecho internacional de inversiones (Levashova, 2019). En la práctica, esto protege el derecho del Estado a regular el aprovechamiento de minerales conforme a su Derecho público.

No es de extrañar, por ello, que cuando el Banco Mundial inició las discusiones del Convenio del CIADI, América Latina expresó su oposición a la creación de un sistema internacional de solución de disputas Estado-inversionistas. Esta reticencia fue resumida durante la Junta de Gobernadores del Banco celebrada en Tokio, en septiembre de 1964, por el gobernador de Chile, Félix Ruiz. Los sistemas legales y constitucionales de todos los países latinoamericanos —explicó Ruiz— “otorgan al inversionista extranjero los mismos derechos y protección que el nacional”. Por lo tanto, reconocer a los inversionistas extranjeros derechos especiales, particularmente el “derecho a reclamar contra un Estado soberano fuera del territorio nacional”, establecería un tratamiento preferencial indebido (CIADI, 1969, p. 177).

Este es el “no de Tokio”, el cual explica la posición histórica de la región frente al Derecho internacional de inversiones. La defensa del principio de no intervención resumida en Tokio pretendía salvaguardar el poder de policía frente al escrutinio de tribunales arbitrales regidos por el Derecho internacional y, por consiguiente, reforzar la aplicación del Derecho doméstico, aplicado por tribunales domésticos, especialmente respecto de la gestión de recursos naturales y, entre ellos, los minerales. Como las disputas entre el Estado y el inversionista se rigen preponderantemente por el Derecho constitucional y administrativo, la defensa del principio de no intervención supuso la defensa de la aplicación del Derecho público doméstico a las relaciones jurídicas entre el Estado y el inversionista extranjero⁸.

2.2. El Consenso de Washington y la importación de modelos amplios de Tratados Bilaterales de Inversión ¿Resurgimiento de la doctrina Calvo? Algunas lecciones de España sobre el riesgo de estándares imprecisos

Durante la década de los noventa, en el marco del “Consenso de Washington”, varios países de la región adoptaron profundas reformas económicas que incluyeron la eliminación gradual de las restricciones regulatorias al comercio e inversiones internacionales. La renuencia hacia un sistema internacional de solución de disputas entre Estados e inversores pareció desvanecerse, y la región se apresuró a firmar el Convenio del CIADI y TBIs (Perry & Schönerwald, 2012).

Treinta años después de esta experiencia, es posible esbozar como hipótesis que la apertura al CIADI no respondió al abandono consciente de la doctrina Calvo, sino a una decisión pragmática⁹. Ante la urgente necesidad de atraer capitales extranjeros, la región se limitó a reproducir lo que, para el momento, era una reforma institucional estándar: celebrar TBIs con estándares amplios de protección de los inversionistas. La firma de esos tratados otorgaba una imagen muy fuerte de las reformas de liberalización que querían introducirse, en lo que se conoce como “instituciones vitrinas”¹⁰. No es razonable pensar que Hispanoamérica suscribió los

7 El concepto de derecho a regular se orienta al equilibrio entre la soberanía del Estado para intervenir en la economía y sus obligaciones bajo Derecho internacional.

8 Las relaciones jurídicas entre el Estado sede y la inversión extranjera, traducidas en el ejercicio del poder de policía, se manifiesta por medio de actuaciones de Derecho público, como Leyes, decretos o actos administrativos. Por lo tanto, el ejercicio del poder de policía se somete al Derecho público doméstico, y a los tribunales que resuelven disputas basadas en Derecho público, incluyendo a la jurisdicción contencioso-administrativa. El principio de no intervención, por ende, procura garantizar la aplicación del Derecho público doméstico por los tribunales u órganos jurisdiccionales del Estado sede, incluyendo a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En contraste, tal principio se resiste a la aplicación del Derecho internacional, aplicado por tribunales internacionales, en especial, tribunales ad-hoc de arbitraje regidos por el Convenio CIADI.

9 Por ejemplo, se ha señalado que los Estados celebran TBIs para generar expectativas creíbles de sus compromisos por proteger los derechos de propiedad de los inversores (Elkins, 2006). En un sentido similar, Salacuse y Sullivan (2005), afirman que los países en desarrollo firman TBIs para fortalecer políticas de promoción de la inversión extranjera, más allá del impacto práctico que tales tratados puedan tener.

10 Las instituciones vitrinas son aquellas reformas jurídicas que se introducen con el principal motivo de generar apariencias favorables

TBIs consciente de que estaba cediendo espacios de soberanía al Derecho internacional (Sornarajah, 2010; Burton, 2022).

Anunciar la muerte de la doctrina Calvo no parecía, por ende, una conclusión razonable (Manning-Cabrol, 1995). Así lo demostró la crisis económica de Argentina de comienzos de siglo, que llevó al Gobierno de ese país a adoptar medidas de regulación en la economía basadas en su Derecho público interno. Diversos inversionistas consideraron que esas medidas violaban los estándares de protección de inversiones previstos en los TBIs, en especial, el llamado estándar del trato justo y equitativo, cuyo contenido expondremos más adelante. Lo que ahora interesa destacar es que estas reclamaciones culminaron en decenas de arbitrajes de inversión administrados por el CIADI. Las políticas económicas de Argentina, y su poder de policía, quedaron sustraídas —parcialmente— de su Derecho público doméstico para pasar a someterse al Derecho internacional (Nieto, 2007). La doctrina Calvo, en el sentido de la defensa del principio de no intervención, resurgió con todo su ímpetu como reacción al auge de arbitrajes en el contexto de la crisis argentina (Fach, 2019; Valenti, 2018).

Pero las consecuencias de la crisis de Argentina trascendieron la mera posición de la región en torno al principio de no intervención. Las decenas de reclamaciones de inversionistas, basados en políticas económicas, generaron diversas críticas sobre la falta de legitimidad del arbitraje internacional para juzgar medidas regulatorias domésticas orientadas al interés público, y adoptadas por órganos de origen democrático. Además, el procedimiento arbitral se consideró contrario a principios fundamentales como la transparencia y la participación. Estas críticas llevaron a proponer la ilegitimidad de todo arbitraje internacional de inversiones (van Harlen, 2008; Titi, 2014). Otra posición consideró que la solución pasaba por sistematizar principios del Derecho público comparado para su aplicación en el Derecho internacional de inversiones, facilitando la conciliación entre los estándares de protección del inversor y el poder de policía (Schill, 2011). Una específica derivación de esta propuesta fue estudiar el Derecho internacional de inversiones desde el prisma del Derecho administrativo global, como ampliamos en la segunda parte (Rodríguez-Muñoz, 2009).

Frente a estas dos opciones —abandonar el sistema o reformarlo—, algunos países de Hispanoamérica optaron por la primera. Bolivia

denunció la Convención CIADI en 2007, más como edida preventiva, y Venezuela lo hizo en 2012, como reacción a las decenas de reclamaciones arbitrales presentadas luego de las políticas de nacionalización iniciadas en 2006 (Titi, 2014). De hecho, Venezuela lideró una propuesta fallida de crear a un centro regional de inversiones en el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (Hernández, 2016).

Honduras es la más reciente muestra de rechazo al Derecho internacional de inversiones, luego de la denuncia del Convenio en 2024 (CIADI, 2024). La posición de Ecuador ha fluctuado: en 2009, siguiendo el ejemplo de Bolivia, el país denunció la Convención, pero volvió a firmar ésta en 2021 (IISD, 2024). Sin embargo, en referendo de 2024, el electorado apoyó el rechazo a la aplicación del arbitraje internacional para solucionar controversias entre el Estado y el inversor (IISD, 2024). La situación es más compleja pues el artículo 422 de la Constitución de Ecuador prohíbe al Estado ceder “jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”.

En la siguiente sección volveremos sobre los casos de Ecuador y Honduras, por su conexión con las políticas de adaptación y mitigación frente al cambio climático. Por ahora, interesa destacar que, en esta posición binaria —rechazar al sistema o mantenerse en él—, la región no ha adelantado una discusión crítica sobre el Derecho de inversiones que requiere para apalancar el desarrollo. Las críticas formuladas por Bolivia, Ecuador, Honduras y Venezuela, más allá de sus diferencias, no fueron formuladas en abstracto. Por el contrario, se dirigieron al sistema de solución de controversias basados en los TBIs que la región celebró en el contexto del Consenso de Washington, y basado en imprecisos tratados pensados más para los llamados países exportadores de capital que para los considerados países importadores de capital.

El mejor ejemplo de esta imprecisión es el estándar del trato justo y equitativo. Tomemos el ejemplo del artículo 4.1 del TBI suscrito entre España y Perú en 1994, según el cual, los Estados se comprometen a garantizar en su territorio “un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante”. La amplitud de este estándar dificulta su precisión, y su aplicación, en un análisis casuístico, ha derivado en diversos principios que, como la protección al inversionista frente a decisiones imprevistas que violan la confianza legítima, o decisiones que imponen limitaciones desproporcionadas¹¹.

de capacidad institucional, y, en suma, contribuir a mejorar la imagen país., más allá de la intención política real de hacer cumplir esas reformas (Brinks *et al.*, 2019).

11 Sobre los orígenes y problemas conceptuales en torno a los “estándares” (Diehl, 2012).

El modelo de TBIs que la región adoptó luego del Consenso de Washington se inspiró en modelos diseñados para los llamados países exportadores de capital. Esto es, que la región incurrió en un “préstamo institucional”: tomó “prestado” el modelo de TBI diseñado para países con mayor capacidad institucional, sin adecuar el contenido de ese modelo a su concreta realidad. El resultado fue la prevalencia de un modelo de tratado con estándares de protección de inversiones indeterminados que colocan en riesgo el ejercicio del poder de policía o, empleando una expresión más reciente, el derecho a regular¹².

La indeterminación de los estándares de protección —como sucede con el estándar del trato justo y equitativo— eleva los riesgos de reclamos de inversionistas extranjeros, ante el dinamismo y flexibilidad que caracterizan a las políticas públicas en el marco del constitucionalismo transformador. Esto es especialmente relevante desde la perspectiva de las políticas de protección del medio ambiente y el aprovechamiento de minerales. Ante la indeterminación de los estándares previstos en el tratado, los tribunales arbitrales pueden concluir que políticas orientadas a garantizar derechos ambientales violan el estándar del trato justo y equitativo o, incluso más grave, tienen efecto expropiatorio, en el marco de disputas de inversionistas de proyectos mineros (Gismondí, 2023). Esta indeterminación ha llevado al Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2023) a concluir que los TIIs, debido a sus estándares indeterminados, pueden elevar el riesgo de cuantiosas indemnizaciones que disuadan a los Estados de regular el medio ambiente¹³.

Para comprender mejor los riesgos de este tipo de tratados, es útil tomar en cuenta las lecciones de las decenas de arbitrajes en contra de España basados en el Tratado de la Carta Energética. En síntesis, España implementó políticas de fomento de energías renovables mediante beneficios fiscales que, sin embargo, fueron recortados luego de la crisis financiera global del 2008. Diversos inversionistas consideraron que el cambio de política no respondía a un trato justo y equitativo

pues violaba expectativas legítimas (De la Quadra-Salcedo, 2010). La indeterminación de los estándares previstos en la Carta elevó las tensiones con el poder de policía ante las condenas arbitrales, lo que llevó a la denuncia de la Carta por parte de diversos países europeos (Morgandi & Lorand, 2023).

Conciliar el poder de policía con estándares indeterminados como el trato justo y equitativo no es tarea sencilla. Una solución ha sido acotar el ámbito de ese estándar, reduciendo su indeterminación, para precisar que su alcance no debe exceder del trato mínimo reconocido en la costumbre internacional¹⁴. En tratados más recientes, el estándar no se reconoce. Pero sin duda, la principal reacción a la amplitud de éste y otros estándares de protección de inversiones ha sido la introducción de cláusulas que garantizan el derecho a regular. Dejando a salvo lo que expondremos en la siguiente parte, estas cláusulas tienen como propósito asegurar que el ejercicio de potestades de ordenación y limitación de actividades económicas —especialmente en áreas como la protección ambiental minera— no resulta contraria a los estándares de protección del inversionista, salvo en caso de violaciones evidentes (Henckels, 2018). Esta solución, inspirada en parte por las lecciones de las reclamaciones arbitrales de las energías renovables, adecúa el contenido del tratado a la flexibilidad que el Estado requiere para cumplir sus cometidos constitucionales, especialmente, respecto de derechos ambientales (Baltag, 2023)¹⁵.

La principal lección es que el criticismo hacia el Derecho internacional de inversiones tendría que enfocarse hacia la identificación de las reformas que deberían introducirse en el modelo de TBIs adoptado luego del Consenso de Washington, en tanto que la indeterminación de los estándares de protección contenidos en ese modelo puede obstruir el ejercicio del poder de policía y, en concreto, el derecho a regular en materia ambiental¹⁶. Antes que denunciar estos tratados, la región debería avanzar en proponer modelos de tratados ajustados a las exigencias del constitucionalismo transformador, que promuevan el equilibrio con el derecho a regular. La siguiente parte concreta esta recomendación al ámbito de transición energética.

12 A nivel comparado, se alude al préstamo institucional para describir cómo Estados incorporan, a su ordenamiento jurídico, instituciones diseñadas para otros contextos. En el caso del Derecho constitucional (Dixon & Landau, 2021).

13 Comunicación A/HRC/54/82, de 26 de junio de 2023, párrafo 42. En la segunda parte volveremos sobre esta conclusión.

14 Así sucedió en el marco del Tratado de Libre Comercio en Norte América, que establecía el estándar del trato justo y equitativo con un contenido amplio, lo que llevó a las partes —impulsadas por Canadá y Estados Unidos— a acotar su ámbito (Wallace, 2005).

15 Especialmente a partir de 2018, los autores aprecian nuevas tendencias en tratados que incorporan el derecho a regular, en especial, en temas ambientales. Sin embargo, y especialmente en la práctica arbitral, se ha observado que no se ha adoptado una interpretación sistemática que pondere adecuadamente el derecho a regular con el cumplimiento de objetivos de políticas públicas (Beysulen Angin, 2025).

16 Se ha destacado la diversidad de la experiencia de los países con el arbitraje basado en TBIs. Sin embargo, variables políticas y económicas pueden elevar la exposición a estos arbitrajes (Remmer, 2019). Precisamente, la transición energética puede elevar esta exposición, como explicamos más adelante.

3. El derecho a regular y los minerales estratégicos

La tensa relación entre la soberanía para conducir políticas económicas y el Derecho internacional de inversiones se ha incrementado en el marco del cambio climático. Los recientes casos de Ecuador y Honduras colocan en evidencia la crítica hacia los mecanismos internacionales de solución de controversias entre el Estado y los inversores, debido a su potencial incompatibilidad con las políticas climáticas. Esta crítica, sin duda, está inspirada por la experiencia de España frente al arbitraje internacional derivado de las políticas de fomento a las energías renovables. En este contexto, una posible respuesta de la región es reforzar el principio de no intervención, eventualmente, denunciando el Convenio CIADI y los TBI.

En el contexto de las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático, es necesario asegurar el suministro estable de los minerales críticos requeridos para la descarbonización. La región, especialmente con el Triángulo del Litio, puede cumplir un rol importante para proveer esos minerales, todo lo cual requerirá de adecuadas capacidades institucionales. A estos efectos, la promoción de la inversión privada y extranjera es un elemento importante. En este contexto, la región se encuentra en una encrucijada, entre mantener el sistema actual de protección de inversiones o denunciar tal sistema. En esta parte explicamos por qué ambas soluciones son inadecuadas, y proponemos —con vista en la práctica arbitral— modificar el modelo de TBI, diseñando un modelo basado en el equilibrio entre el derecho a regular y los estándares de protección del inversor, como recientemente ha concluido la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-32/25.

3.1. Los riesgos de las políticas climáticas frente al Derecho internacional de inversiones y el caso de los minerales críticos en Hispanoamérica

Aun cuando no existe una única definición, los minerales críticos, a veces llamados minerales estratégicos, son aquellos empleados como materia prima en los procesos de electrificación de la economía y resultan necesarios para la descarbonización¹⁷. Las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático no se limitan a la reducción del consumo de combustibles fósiles.

En realidad, los compromisos asumidos desde el Derecho internacional van más allá, pues abarcan también la mejora en los procesos de captura del carbono. Asimismo, y lo central a este trabajo es que la reducción del consumo de combustibles fósiles debe ir acompañado del aumento de fuentes renovables de generación, y en especial, de la electrificación de la economía¹⁸. Esto es crucial en el sector de transporte: el cumplimiento de los compromisos asociados a las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático requiere fomentar la electrificación del transporte. Y para ello, entre otros insumos, se requieren minerales críticos¹⁹.

Así, entre sus principales usos, interesa destacar el rol de los minerales críticos como materia prima de baterías, como sucede en especial con el litio²⁰. La electrificación de la economía se enfrentará a importantes obstáculos si los países productores no logran asegurar el suministro estable del litio. Esta observación es importante, pues las mayores reservas del mundo se encuentran en Hispanoamérica, en Argentina, Bolivia y Chile, en lo que se conoce como el Triángulo del Litio (Unzueta *et al.*, 2022). Desde esta perspectiva, puede concluirse que una de las principales contribuciones que la región puede hacer para cumplir con la descarbonización es garantizar el suministro estable del litio y otros minerales críticos.

La importancia de la producción de los minerales críticos permite explicar las tensiones con el Derecho internacional de inversiones. En concreto, estas tensiones pueden explicarse en función a cinco causas.

En *primer lugar*, como explicamos en la sección anterior, Hispanoamérica ha insistido en la defensa de la soberanía estatal para administrar los recursos naturales, incluyendo los minerales. Por consiguiente, el sector minero es proclive a la adopción de políticas inspiradas en la doctrina Calvo, con el propósito de asegurar que las relaciones entre el Estado y los inversionistas extranjeros se sometan al Derecho doméstico, incluyendo la jurisdicción de sus cortes, lo cual tiende a reducir el ámbito de los mecanismos internacionales de solución de controversias (Zumárraga, 2013). El artículo 366 de la Constitución de Bolivia, antes comentado, refleja esta visión (Von Borries, 2014).

En *segundo lugar*, a este recelo tradicional hacia el Derecho internacional de inversiones se le agrega

17 Sobre el concepto de minerales críticos y su importancia en la región (Unzueta, 2022).

18 Por ello se alude a políticas de mitigación del cambio climático, que operan en dos direcciones. Por un lado, las políticas climáticas se orientan a aumentar la captura de carbono y otros gases de efecto invernadero. Por el otro lado, las políticas se orientan a sustituir la energía generada a partir de combustibles fósiles por energías renovables (Carlarne *et al.* 2016).

19 La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA) (2025) estima que las principales actividades de emisiones de carbono mediante combustibles fósiles son el transporte (33%) y la electricidad (31%), seguido del uso industrial (16%) y el uso comercial y doméstico (12%).

20 Sobre la importancia estratégica del litio en la región (León *et al.*, 2020).

la indeterminación de los estándares de protección en los TBI suscritos en la región, como sucede en especial con el estándar del trato justo y equitativo (Xabier & Costa, 2021)²¹. Como explicamos, de la experiencia de los arbitrajes de inversión derivados de las políticas de energías renovables en España, surge como principal lección que la indeterminación de estos estándares puede derivar en interpretaciones que eleven indebidamente el grado de protección de la confianza o expectativa legítima de los inversores, de forma tal que cambios en las políticas energéticas pueden ser reputada como contrarias a esas expectativas y, por ende, como una violación al tratado (López, 2024).

En *tercer lugar*, a nivel comparado, puede observarse que la legislación minera ha evolucionado poco en la región, en tanto se sigue anclando en dos instituciones jurídicas tradicionales: la propiedad del Estado sobre el subsuelo y la concesión administrativa como el título habilitante que permite al Estado transferir derechos reales mineros (Lastres, 2009). El modelo concesional realza las potestades de ordenación y limitación del Estado sometidas al Derecho administrativo doméstico, generándose tensiones adicionales para la aplicación del Derecho internacional. Tanto más, pues el modelo contractual de concesión es propenso a la inclusión de la cláusula Calvo.

En *cuarto lugar*, las potestades de ordenación y limitación sobre los minerales tienden a ser más intensas en relación con los minerales críticos, debido a su importancia estratégica. Esto ha llevado a implementar un modelo —presente en Chile y Bolivia— en el cual el Estado se reserva la producción del litio como mineral estratégico, a través de una empresa del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar contratos de servicios u operativos con inversionistas privados. La gestión económica directa sobre el litio genera tensiones adicionales a la adopción de mecanismos de protección de las inversiones extranjeras, pues la intervención del Estado en los contratos de servicios tiende a ser intensa (Obaya & Pascuini, 2020)²².

Recientemente, en *quinto lugar*, la importancia de la intervención del Estado en protección al ambiente se ha reforzado en la región, en el marco

de la transición energética (Wood, 2022)²³. Esta importancia fue destacada en la Opinión Consultiva OC-32/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de mayo de 2025. En el contexto de la emergencia climática y de la protección del derecho a un clima sano, la Corte recordó la crítica del Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo del Consejo de Derechos Humanos hacia el modelo de TIs indeterminados, a la cual nos referimos en la anterior parte. A estos efectos, y acertadamente, la Corte Interamericana destacó la importancia de “promover un equilibrio que permita a los Estados adoptar medidas regulatorias legítimas frente a la crisis climática, sin erosionar la seguridad jurídica ni la previsibilidad que los acuerdos internacionales de inversión buscan garantizar como incentivos esenciales para la inversión extranjera directa”²⁴.

Estos cinco factores elevan las probabilidades de tensiones entre la intervención del Estado para avanzar en políticas climáticas y la protección de la inversión extranjera. Estas tensiones pueden elevar las críticas que apuntan a la incompatibilidad entre el Derecho internacional de inversiones y las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático (Gouiffès & Ordoñez, 2022)²⁵. Así, mientras que las políticas climáticas requieren un amplio margen de flexibilidad en su diseño e implementación, los estándares de protección del inversionista —cuando son amplios e indeterminados— pueden reducir ese margen, elevando el riesgo de laudos arbitrales de condena por daños causados, en especial, ante reclamos de inversionistas extranjeros que aleguen la violación de sus expectativas legítimas.

Los recientes casos de Ecuador y Honduras reflejan estas tensiones. Como ya explicamos, en 2024, la mayoría de los electores en Ecuador rechazó, mediante referendo, el reconocimiento del arbitraje internacional “como método para solucionar controversias en materia de inversión, contractuales o comerciales” (Transnational Institute, 2024). La consulta se relacionó con el artículo 422 de la Constitución de Ecuador, según el cual “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en

21 Como explican, este estándar suele ser el fundamento más común de los reclamos arbitrales basados en la regulación del Estado, pues su indeterminación facilita su adecuación a diversas políticas regulatorias. Asimismo, los autores destacan que, en la región, predomina el reconocimiento de este estándar sin ninguna calificación, o sea, con contenido indeterminado.

22 Por ejemplo, en Chile se ha destacado cómo la teoría del dominio público incide sobre las potestades de ordenación y limitación del Estado (Rojas, 2024).

23 Entre otros aspectos, los autores destacan que la emisión de gases de efectos invernaderos en la región, per cápita, equivale a un tercio de la emisión en Estados Unidos y Europa. Esto realza que, más allá de las políticas de reducción de combustibles fósiles —como la promoción de fuentes renovables de energía— la región también contribuye en la descarbonización con las industrias extractivas de minerales críticos. El resultado de lo anterior es un Derecho ambiental dinámico, con intensas interacciones con la justicia constitucional (Hanke-Domas, 2023).

24 La Opinión Consultiva reconoce un derecho autónomo, el derecho humano a un clima sano, como aquel que garantiza a las personas a “desarrollarse en un sistema climático libre de interferencias antropogénicas peligrosas” (párrafo 303).

25 Puede verse también a Songy, Madeleine y Dietrich Brauch, Martin, “How ISDS Interferes with the Governance of Critical Minerals for a Just Energy Transition—And What to Do About It”.

controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”²⁶.

De acuerdo con el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), una de las razones expuestas para justificar el rechazo al reconocimiento del arbitraje internacional, es que este arbitraje es “contrario a la protección de los derechos humanos y ambientales en el país” (2024). Por su parte, la denuncia del Convenio CIADI por Honduras en 2024 fue justificada en una tendencia global, citando la denuncia del Tratado de la Carta Energética, a la cual antes hicimos referencia, como ejemplo de los riesgos de las políticas climáticas frente al Derecho internacional de inversiones (Honduprensa, 2024).

Desde el punto de vista jurídico, los temores expresados sobre las tensiones entre las políticas climáticas y el Derecho internacional de inversiones se resumen en la frase “enfriamiento regulatorio”. Así, debido a la indeterminación de los estándares de protección reconocidos en tratados, los Estados sede pueden optar por no dictar políticas climáticas para evitar disputas y, eventualmente, condenas patrimoniales (Corte Permanente de Arbitraje, 2015; Sands, 2023)²⁷. Precisamente, algunos estudios estiman en decenas de miles de millones de dólares las demandas arbitrales a las cuales los países productores de petróleo se enfrentarían, ante políticas que restrinjan las actividades extractivas para mitigar el cambio climático (Tienhaara, 2022).

La Corte Interamericana, en la citada Opinión Consultiva OC-32/25, también aludió a los riesgos del “enfriamiento regulatorio”, derivados “de la posibilidad de que se impongan indemnizaciones onerosas, lo cual podría desalentar a los Estados de implementar políticas públicas compatibles con sus obligaciones en materia ambiental y climática”²⁸. La respuesta a dicho riesgo no debe ser, necesariamente, abdicar del derecho internacional de inversiones, sino —como la Corte destacó— procurar el equilibrio entre ese Derecho y la protección de los derechos ambientales, incluyendo el derecho a un clima sano.

En relación con los minerales críticos, debe tenerse en cuenta los potenciales efectos adversos de reducir el alcance del derecho internacional de inversiones en protección de la soberanía doméstica del Estado sede de la inversión. Así, eliminar mecanismos internacionales de solución

de disputas entre el Estado y la inversión extranjera puede derivar en barreras de entrada, especialmente para inversiones que provienen fuera de la región. Desde el punto de vista económico, el Derecho internacional de inversiones puede justificarse por un fallo de información: el inversionista extranjero no conoce, adecuadamente, el sistema jurídico del Estado receptor. De igual manera que el derecho mercantil internacional se orienta a paliar esos fallos con estándares, el derecho internacional de inversiones acude a estándares para atender ese fallo y así, generar condiciones favorables al flujo de inversiones. En consecuencia, la reducción del ámbito del Derecho internacional de inversiones puede elevar la incertidumbre de la inversión extranjera, todo lo cual puede traducirse en obstáculos para la producción de los minerales críticos necesarios para la descarbonización de la economía. Por lo tanto, la denuncia de los TIs no es, necesariamente, una solución adecuada para promover condiciones jurídicas que favorezcan la inversión extranjera requerida para avanzar en la descarbonización de la economía a través del suministro de minerales críticos.

Sin embargo, mantener el actual sistema de TIs resulta igualmente contraproducente, debido a la indeterminación de los estándares de protección del inversionista, en concreto, el estándar del trato justo y equitativo. Esta indeterminación eleva los riesgos del ejercicio del poder de policía para la adaptación y mitigación del cambio climático, todo lo cual puede llevar al Estado a abstenerse de ejercer ese poder. En Hispanoamérica, el riesgo de este enfriamiento regulatorio es tanto más amplio debido a la importancia que tiene la perspectiva de los derechos humanos, en especial desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y la protección del derecho al medio ambiente (Quispe, 2022) y del derecho al clima sano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021)²⁹, como hizo la Opinión Consultiva OC-32/25.

De este modo, y retomando lo expuesto en la sección anterior, surge una opción intermedia que puede conciliar los riesgos de las políticas climáticas frente al derecho internacional de inversiones y, al mismo tiempo, reducir los costos de información que pueden generar barreras para la inversión extranjera necesaria a los fines de apalancar la producción sostenible de minerales estratégicos en la descarbonización: reformar el sistema de solución de controversias entre el Estado y los inversionistas, reduciendo la indeterminación de los estándares

26 Aun cuando la intención de la norma fue prohibir de manera absoluta el arbitraje internacional y, en general, la celebración de TIs, la redacción no resultó del todo clara (López, 2017).

27 El estudio, enfocado en Colombia, destaca el rol de la justicia constitucional en protección de derechos ambientales, reduciendo los riesgos de este “enfriamiento”.

28 Párrafo 164.

29 Véase en especial, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Resolución N.º 3/2021, de 31 de diciembre de 2021, sobre emergencia climática.

de protección y garantizando, al mismo tiempo, la flexibilidad que los Estados requieren para el diseño e implementación de políticas climáticas. Tal equilibrio descansa en el concepto del derecho a regular³⁰.

3.2. La necesidad de un nuevo Derecho Internacional de Inversiones ajustado al derecho a regular desde la perspectiva de Hispanoamérica. Cuatro propuestas prácticas

En nuestra opinión, la región debe abandonar el modelo predominante de TBIs vigentes, con estándares indeterminados, e incluir provisiones que resguarden lo que se conoce como el derecho a regular. El propósito último —como ha destacado la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-32/25— es lograr el equilibrio entre el margen de discrecionalidad necesario para adoptar políticas climáticas, en especial respecto de los minerales críticos, y los estándares de protección.

Como adelantamos en la primera parte, el derecho a regular es la expresión empleada recientemente en el derecho internacional de inversiones para aludir a los poderes soberanos del Estado sede para intervenir en la economía. En cierto modo, el derecho a regular responde a la adecuación del concepto más tradicional del poder de policía, para describir las peculiaridades del proceso de diseño e implementación de políticas económicas que busca ordenar y limitar a los inversionistas extranjeros. En concreto, el derecho a regular ha sido empleado para explicar que el Derecho internacional de inversiones no prohíbe —ni podría hacerlo— el ejercicio de la soberanía del Estado sede para ordenar y limitar a la inversión extranjera (Henckels, 2014; Titi, 2014)³¹.

Así, el interés por el derecho a regular surgió ante la necesidad de acotar el alcance de los estándares de protección previstos en TIs, incluyendo por ello el alcance del control jurisdiccional ejercido por los tribunales internacionales —de arbitraje o permanentes— a cargo de resolver disputas Estado-inversionistas. A estos efectos, del derecho internacional de los derechos humanos se tomó prestada la institución del margen de deferencia (Henckels, 2015). De acuerdo con esta institución, los tribunales internacionales deben respetar decisiones soberanas dictadas por Estados bajo su propio Derecho, sin cuestionar su validez, salvo cuando se trate de medidas que, evidentemente, violen estándares reconocidos en el correspondiente tratado.

En su enunciado básico, el derecho a regular reconoce que el Estado sede goza de un margen de deferencia en la conducción de políticas económicas. En consecuencia, los tribunales internacionales que resuelven disputas no pueden sustituir ese margen con sus propias opiniones sobre la idoneidad de las medidas adoptadas por el Estado sede de la inversión, la caracterización de la situación que las motivó o la existencia de alternativas menos restrictivas. Este margen de deferencia, en todo caso, no puede ser ilimitado, en el sentido que el tribunal no puede invocar el derecho a regular para abstenerse de revisar la acción u omisión del Estado. Más bien, su sentido práctico atiende a la intensidad del control, en el sentido que solo medidas que sean claramente contrarias a los estándares de protección, considerando su arbitrariedad, podrían ser revisadas (CIADI, 2015; CIADI, 2018).

Las políticas climáticas entran dentro del derecho a regular, como fue reconocido en el asunto *Eco Oro Mineral Corp.* en contra de Colombia³². Este caso se basó en el tratado de libre comercio entre Canadá y Colombia, el cual incluyó un anexo (conocido como el Anexo 811(2)(b), que interpreta algunos de los estándares de protección, a los fines de acotar que, salvo circunstancias extraordinarias, las políticas públicas orientadas a proteger el legítimo bienestar general —incluyendo la protección del ambiente— se considerarán conformes con los estándares de protección, en tanto sean adoptadas de buena fe y de manera no discriminatoria. El tribunal interpretó esa norma desde el derecho a regular, en el sentido que, como regla, las medidas regulatorias adoptadas para la protección del medio ambiente deben considerarse conformes con el tratado³³.

Recientemente, en el caso *Orazul*, relativo a políticas de regulación eléctrica, se ratificó que cuando el Estado sede de la inversión ejerce racionalmente su derecho a regular, no se violan los estándares de protección del inversor. Asimismo, en línea con la costumbre internacional, regulaciones de buena fe, al quedar amparadas en el derecho a regular, no pueden constituir una medida de efectos expropiatorios (CIADI, 2023).

Fuera de las políticas ambientales, los tribunales arbitrales constituidos en el marco del Convenio CIADI también han concluido que las regulaciones adoptadas para la protección del derecho a la salud, en tanto responden a un legítimo interés público, deben presumirse conformes con los estándares

30 Sobre la importancia y retos de este equilibrio (Aggarwal & Kabra, 2023).

31 Puede verse también a Petrenko (2024).

32 Caso CIADI N.º ARB/16/41, laudo de 9 de septiembre de 2021. El 15 de julio de 2024 el tribunal dictó el laudo sobre daños, ratificando que el control en sede arbitral debe respetar un amplio margen de deferencia al Estado para regular la economía (párrafo 732).

33 Párrafos 636 y 644, laudo de 9 de septiembre de 2021 (Garden, 2023).

de protección del inversionista (Hernández, 2016). Podríamos interpretar esta solución como una suerte de “presunción de validez”: las políticas públicas orientadas a atender fines legítimos de interés público, incluyendo la protección del medio ambiente, se consideran conformes con los estándares de protección del inversionista, salvo violación manifiesta y arbitraria a los estándares. El propósito final de esta presunción es favorecer el margen de deferencia que el tribunal internacional debe respetar al evaluar el derecho a regular del Estado sede.

La creciente relevancia del derecho a regular en el contexto de los minerales críticos y, en general, industrias extractivas, ha sido resaltado por el Centro de Inversiones Sustentables de la Universidad de Columbia, que preparó un listado actualizado a marzo de 2024 sobre los litigios de inversiones pendientes en materia de minerales críticos (Songy & Dietrich). A partir de dicho listado —y de casos más recientes— hemos seleccionado algunos ejemplos relevantes de reclamos arbitrales, cuyo estudio nos permite formular las conclusiones prácticas que presentamos de seguidas³⁴:

Cuadro 2
Listado referencial de reclamos arbitrales mineros.

País	Datos del reclamo	Controversia	Estado del reclamo
Panamá	Korea Mine Rehabilitation & Mineral Resources Corpora-tion vs. Panamá, caso CIADI N.º ARB/25/20.	Disputa relacionada con proyectos de mina de cobre, basada en una sentencia de la Corte Suprema.	El reclamo está pendiente de decisión.
Panamá	First Quantum Minerals, Ltd. vs. Panamá, caso CIADI N.º ARB/25/18.	Disputa relacionada con proyectos de mina de cobre, basada en una sentencia de la Corte Suprema.	El reclamo está pendiente de decisión.
México	Bacanora Lithium Limi-ted, Sonora Lithium Ltd., y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd. vs. México, caso CIADI N.º ARB/24/21	Disputa referida a la explo-tación del litio, frente a las políticas de nacionalización adoptadas en el sector.	El reclamo está pendiente de decisión.
Colombia	Continental Gold Inc. vs. Colombia, caso CIADI N.º ARB/24/25.	Disputa referida a la explo-tación de oro, basada en el incumplimiento del deber del Estado de procurar la seguridad en la explotación minera.	El reclamo está pendiente de decisión.
Panamá	Orla Mining Ltd. vs. Panamá, caso CIADI N.º ARB/24/27.	Disputa basada en regula-ciones mineras.	El reclamo está pendiente de decisión.
Panamá	Franco-Nevada Corporation vs. Panamá, caso CIADI N.º ARB/24/26.	Disputa relacionada con proyectos de mina de cobre, basada en una sentencia de la Corte Suprema.	El reclamo está pendiente de decisión.
Panamá	Petaquilla Minerals Ltd. vs. Panamá, caso CIADI N.º ARB/24/12.	Disputa relacionada con proyectos de mina de cobra, basada en una sentencia de la Corte Suprema.	El reclamo está pendiente de decisión.

34 La lista solo comprende los reclamos mineros más relevantes, registrados o decididos en los últimos dos años. El propósito de la lista es ilustrar la importancia creciente de estos reclamos, que tenderán a aumentar a medida que avance el proceso de descarbonización. Además de los datos derivados del estudio citado en la nota anterior, hemos consultado la base de datos de CIADI y el servicio de información de Kluwer Arbitration.

México	Almaden Minerals Ltd. y Almaden Minerals Ltd. vs. México, Caso CIADI N.º ARB/24/23	Disputa referida a proyectos mineros de oro y plata, en el contexto de políticas mineras impulsadas por protestas indígenas.	El reclamo está pendiente de decisión.
México	Odyssey Marine Exploration, Inc. vs. México, Caso CIADI N.º UNCT/20/1	Disputa referida a políticas ambientales y su impacto en actividades extractivas.	Laudo de 17 de septiembre de 2024, condenando al pago de 37,1 millones de dólares más intereses y costos.
México	Silver Bull Resources, Inc. vs. México, caso CIADI N.º ARB/23/24	Disputa basada en la explotación de una mina de plata, ante la alegada omisión del Estado de proteger las inversiones.	El reclamo está pendiente de decisión.

Fuente: Elaboración propia.

Tomando en cuenta la experiencia derivada de este listado, así como las consideraciones antes formuladas, surge como principal conclusión *la necesidad de procurar un mayor equilibrio entre el derecho a regular minerales críticos y los derechos del inversor reconocidos en TIs*. Este equilibrio requiere de un nuevo diseño de tratados, en el contexto de una interpretación de los estándares de protección del inversor que considere los objetivos de políticas públicas presentes en las disputas con el Estado sede, y que, por ende, parta de una perspectiva comparada de Derecho constitucional, a los fines de dar cabida a principios generales —como la proporcionalidad—, que fortalezcan el equilibrio procurado con el derecho a regular (Schill & Tams, 2022).

En nuestra opinión, los principales riesgos frente al derecho a regular minerales críticos derivan del préstamo institucional de modelos de tratados muy indeterminados. Esto quiere decir que la tensión entre el derecho internacional de inversiones y las políticas climáticas no es absoluta, sino que obedece a la vaguedad de estándares de protección reconocidos en los TBIs que la región adoptó en el marco del Consenso de Washington, como sucede con el trato justo y equitativo. Por lo tanto, un nuevo modelo de tratado puede introducir diversas medidas para proteger el derecho a regular y, con ello, procurar el equilibrio entre las políticas climáticas y el derecho internacional de inversiones, creando condiciones adecuadas para atraer las inversiones extranjeras necesarias para asegurar la producción sostenible de minerales críticos

necesarios para avanzar en la descarbonización de la economía³⁵.

La evolución de los TBIs suscritos por Ecuador permite ilustrar la importancia de este nuevo diseño institucional. En el tratado con Reino Unido de 1994, su artículo 5, apartado 1, estableció un estándar de protección amplio e indeterminado frente a medidas regulatorias que califiquen como una expropiación indirecta, esto es, las medidas que, sin transferir coactivamente el derecho de propiedad, introducen restricciones tan intensas que vacían de todo contenido económico a la propiedad del inversor³⁶. La indeterminación de este estándar genera un riesgo frente al derecho a regular, pues no queda claro cuándo la regulación sobre la propiedad del inversionista tiene o no efectos expropiatorios (Henckels, 2012). Para reducir este riesgo, en un nuevo modelo de tratado suscrito con Brasil en 2019, Ecuador incluyó disposiciones más precisas. El artículo 12 establece que ninguno de los estándares de protección reconocidos en el tratado impedirá la adopción de medidas prudenciales de regulación. El artículo 17, además, acotó que el tratado no puede interpretarse en el sentido de limitar cualquier medida que el Estado sede considere apropiada para proteger legítimos objetivos de interés público, incluyendo la protección del medio ambiente.

Otro ejemplo lo encontramos en el Anexo 812.2 del Tratado de Libre Comercio celebrado en 2008 entre Canadá y Perú, el cual acota que, salvo circunstancias extraordinarias, las políticas climáticas no serán

35 La introducción del derecho a regular en tratados más recientes se inspiró en las excepciones incluidas en tratados de libre comercio, de acuerdo con las cuales políticas que sirven al interés público no se entenderán como restrictivas del libre comercio (Titi, 2014).

36 En el Derecho internacional de inversiones, los estándares expropiatorios aplican a dos tipos de medidas: la adquisición coactiva del derecho de propiedad (expropiación directa) y las medidas que regulan la propiedad con tal intensidad que vacían a ésta de todo contenido económico (expropiación indirecta). Esta última modalidad genera importantes problemas de interpretación, ante la necesidad de diferenciar entre la regulación con efectos expropiatorios, y la regulación que no genera tales efectos (Reinish, 2008; Rajput, 2018).

consideradas una medida de expropiación indirecta. Además, y de manera más general, el párrafo 1 del artículo 2201 establece que, salvo medidas claramente discriminatorias o arbitrarias, los estándares de protección no impedirán el diseño e implementación de políticas en ciertas áreas de interés público, como los recursos naturales³⁷.

De esa manera, entre huir del Derecho internacional de inversiones —generando barreras para la promoción de inversiones en la producción de minerales estratégicos como el litio— y mantener el sistema actual basado en tratados que no salvaguardan el derecho a regular para la implementación de políticas de adaptación y mitigación del cambio climático, la región puede acudir a una solución intermedia: reformar los modelos actuales de tratados, a los fines de proponer un nuevo modelo que acote el alcance de los estándares de protección y garantice el margen de deferencia que el Estado sede requiere para el ejercicio de su derecho a regular, en especial, para la protección del derecho al medio ambiente sano y el derecho al clima sano. En la comentada Opinión Consultiva OC-32/25 de la Corte Interamericana concluyó que las provisiones en los TIs orientados a reconocer políticas climáticas “pueden desempeñar un papel fundamental en la promoción de la inversión en materia climática y, además, prevenir eventuales efectos desfavorables en este ámbito” (CIADI, 2017, párr. 162).

A partir de esta conclusión, y de las lecciones arrojadas en los casos de arbitraje incluidos en el cuadro N.º 2 —especialmente respecto a Panamá³⁸—, podemos formular cuatro recomendaciones prácticas sobre el contenido del nuevo modelo de TBI que la región podría implementar.

En *primer lugar*, el modelo de TBI debe estar especialmente diseñado para procurar el equilibrio entre el derecho a regular los minerales críticos y la protección de los inversores extranjeros³⁹. A tal

efecto, este modelo debería incorporar una previsión de acuerdo con la cual, salvo casos excepcionales de medidas claramente discriminatorias y arbitrarias, los estándares de protección del inversor no se opondrán al legítimo ejercicio del derecho a regular los minerales críticos en protección del derecho al medio ambiente sano, incluso, con referencia directa al SIDH⁴⁰. Asimismo, este modelo debería acotar el alcance de estándares indeterminados como el trato justo y equitativo⁴¹. Incluso, el tratado puede reconocer expresamente el derecho a regular para adoptar medidas razonables orientadas a alcanzar objetivos legítimos de política pública, tales como la protección ambiental y climática⁴². Todas estas provisiones funcionan como salvaguardas del derecho a regular (Levashova, 2019).

En *segundo lugar*, este tipo de cláusulas para salvaguardar el derecho a regular los minerales estratégicos no deben configurarse como una norma abierta para permitir cualquier política, pues ello vaciaría de contenido a los estándares de protección⁴³. El propósito final es asegurar el margen de deferencia que los tribunales internacionales deben respetar, en el sentido que no podrán sustituirse en las valoraciones de políticas públicas del Estado sede. No obstante, el margen de deferencia no equivale a margen de inmunidad, como recientemente se concluyó en el caso *Galway*, referido a Colombia⁴⁴.

En *tercer lugar*, además de proteger el derecho a regular, el nuevo modelo de tratado puede inspirarse en las recientes tendencias que imponen deberes a las inversiones, por ejemplo, en relación con la adopción de reglas de gobierno corporativo para promover la responsabilidad social empresarial⁴⁵. Asimismo, el modelo puede incluir provisiones que aseguren la transparencia en la actuación del Estado sede, generando condiciones favorables para el diseño e implementación de políticas climáticas transparentes y basadas en

37 Las excepciones han sido interpretadas de manera restrictiva (CIADI, 2017, párr. 473).

38 Antes hemos comentado los orígenes e implicaciones de los recientes arbitrajes en contra de Panamá (Hernández, 2025).

39 Este modelo podría tener en cuenta la experiencia de la Comunidad Sudafricana para el Desarrollo (SADC), cuyo Modelo de TBI de 2012 incluye, en el artículo 20, una medida de salvaguarda del derecho a regular (Southern African Development Community, 2012).

40 Por ejemplo, el TBI China-Venezuela, de 2024, dispone que “las medidas jurídicas no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta” (artículo 7.4).

41 El artículo 4.2 del TBI entre Turquía y Uruguay, de 2022, limita el estándar del trato justo y equitativo al nivel mínimo de trato del Derecho internacional consuetudinario.

42 Como se establece en el artículo 14 del TBI entre Colombia y España, de 2021.

43 Respecto a la imposibilidad de interpretar las excepciones previstas en el tratado como una carta abierta, véase el asunto *Mohamed Abdel Raouf Bahgat vs. Egipto*, Caso n.º 2012-07 de la Corte Permanente de Arbitraje, laudo final de 23 de diciembre de 2019, párrafo 230 (Kesar, 2024).

44 *Galway Gold Inc. vs. Colombia*, Caso CIADI N.º ARB/18/13 (2024, párrs. 785 y 788). El tribunal concluyó que las medidas regulatorias adoptadas por Colombia, en el marco de un proyecto minero, se orientaron a proteger el medio ambiente, en virtud de lo cual su control que circunscribe a extraordinarias circunstancias. Esto es, que las políticas climáticas no se excluyen del control arbitral, aun cuando los estándares de revisión requieren de extraordinarias circunstancias, en casos de medidas claramente discriminatorias o arbitrarias.

45 El artículo 13 del TBI entre Turquía y Uruguay, de 2022, prevé que los inversores procurarán incorporar en sus prácticas estándares de responsabilidad social empresariales reconocidos internacionalmente.

la participación ciudadana⁴⁶. En todo caso, la ampliación del ámbito del tratado a la imposición de compromisos al inversor no debe perder de vista que la finalidad última del tratado es atender los fallos que limitan la libre movilidad de inversiones.

Finalmente, y, en *cuarto* lugar, es importante insistir en que además de un nuevo modelo de tratado que salvaguarde adecuadamente el derecho a regular, es también necesario promover la interpretación del Derecho internacional de inversiones desde el prisma del Derecho público —constitucional y administrativo— global. En términos prácticos, este prisma implica reconocer que los mecanismos de solución de controversias entre el Estado y el inversor extranjero basados en tratados no pueden inspirarse en el arbitraje internacional comercial sino, por el contrario, en los principios generales de Derecho público que informan a la relación entre el Estado y los inversores (Schill & Tams, 2022; Wälde, 2007). En los términos del literal c, numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, estos principios son fuente supletoria del Derecho internacional público. Precisamente, esta es la norma empleada para identificar a los principios generales como la fuente del Derecho administrativo global (Della, 2011; Maurel, 2021). En realidad, estos principios derivan del método comparado tanto del Derecho constitucional como administrativo (Schill, 2017). En la práctica, en todo caso, las relaciones entre el Estado y el inversor extranjero tienden a ser relaciones jurídico-administrativas, en tanto es a través de la actividad administrativa que el Estado interactúa, más directamente, con los inversores⁴⁷.

Los estándares de protección reconocidos en el Derecho internacional de inversiones han sido interpretados de acuerdo con principios que forman parte de los principios generales del Derecho administrativo en Hispanoamérica, tales como la protección de la confianza legítima, la no discriminación, la transparencia, la buena fe y la interdicción de la arbitrariedad⁴⁸. De esa manera, en 2018, un tribunal arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI interpretó el TBI entre Argentina y Austria de 1992 a través de principios generales de Derecho administrativo, como la interdicción de la arbitrariedad⁴⁹.

La reformulación del modelo de TBI en Hispanoamérica, para acotar los estándares de protección, garantizar el margen de deferencia

frente al derecho a regular, favorecer estándares de responsabilidad social, fomentar la transparencia y promover la interpretación de estos estándares desde los principios generales de Derecho administrativo, otorga una solución mucho más balanceada que la derivada de los imprecisos estándares reconocidos en los tratados suscritos en el marco del Consenso de Washington. Esta aproximación resulta coherente con la Opinión Consultiva OC-32/25, que insistió en el deber de los Estados miembro del SIDH de regular el uso de los minerales críticos requeridos para la transición energética desde la perspectiva de los derechos humanos (2018, párr. 342).

Este equilibrio favorece conciliar el principio de no intervención con el Derecho internacional de inversiones y, al mismo tiempo, crear condiciones institucionales favorables para promover las inversiones extranjeras que la región requiere para la producción sostenible de minerales estratégicos necesarios para avanzar en la descarbonización. Esto último es especialmente importante pues, en suma, la salvaguardia del derecho a regular crea condiciones jurídicas más propicias para cumplir con uno de los objetivos de las políticas climáticas: es promover la transición desde fuentes de energía basadas en combustibles fósiles, a fuentes basadas en minerales estratégicos necesarios para la descarbonización y electrificación de la economía.

4. Conclusiones

En el contexto del cambio climático, Hispanoamérica tiene un importante rol que cumplir, garantizando el suministro de minerales críticos —como el litio— necesarios para la descarbonización de la economía. Desde el punto de vista jurídico, este reto requiere de una adecuada gobernanza basada en el equilibrio entre la producción de estos minerales y la protección del derecho a un clima sano, como concluyó la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-32/25. En la gobernanza de los minerales estratégicos, el Derecho internacional de inversiones cumple una importante función.

La posición que rechaza el sometimiento de las relaciones entre el Estado y los inversores extranjeros al Derecho internacional puede generar barreras para canalizar las inversiones requeridas para asegurar el suministro de los minerales críticos, lo que podría obstruir la descarbonización de la economía. Pero al mismo tiempo, los TBIs suscritos por la región hacia fines del siglo pasado,

46 El artículo 9 del TBI entre Japón y Perú, de 2008, dispone que el Estado “publicará prontamente o pondrá a disposición sus leyes, reglamentos, procedimientos administrativos y resoluciones administrativas y judiciales de aplicación general, así como los acuerdos internacionales que sean relevantes o afecten las actividades de inversión”.

47 Por ello, el arbitraje internacional de inversiones y, en general, los mecanismos internacionales de solución de controversias entre el Estado y los inversores funcionan como mecanismos jurisdiccionales de control de la Administración, pero desde el espacio global (Hernández, 2018).

48 Por ejemplo, véase el asunto *GPF GP S.A.R.L vs. Polonia*, Cámara de Comercio de Estocolmo, caso n° V2014/168 (2020, párr. 543).

49 *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft vs. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/14/32 (2018, párr. 242).

contienen estándares de protección muy amplios e indeterminados —como el estándar del trato justo y equitativo— cuya aplicación puede, a su vez, obstruir el ejercicio de las políticas climáticas.

Tomando en cuenta lo anterior, la región puede avanzar hacia un nuevo Derecho internacional de inversiones basado en tratados que reconozcan salvaguardas al derecho a regular. De esa manera, tales salvaguardas pueden establecer que toda política climática se entenderá conforme con los estándares de protección, en la medida en que no sea discriminatoria o manifiestamente arbitraria. Asimismo, este modelo puede establecer compromisos en cabeza de los inversores, en especial, para favorecer estándares de responsabilidad social y fomentar la transparencia.

Por último, la interpretación del Derecho internacional de inversiones puede reforzarse mediante la aplicación de principios generales de Derecho administrativo, empleados como fuente supletoria. Esta es, en suma, la metodología del Derecho administrativo global, la cual tiende a evitar que los mecanismos de solución de controversias entre el Estado y los inversores regidos por el Derecho internacional se conduzcan por cauces similares al arbitraje comercial internacional, los cuales son claramente inadecuados para resolver controversias ajenas al interés público y, en especial, a los derechos humanos.

Lista de referencias

Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos. (2025, 16 de junio). *Overview of Greenhouse Gases*. <https://www.epa.gov/ghgemissions/overview-greenhouse-gases>

Aggarwal, M. & Kabra, R. (2023). Regulating for Climate Change Without Breaching Investment Treaties. En A., Magnusson & A., Ipp (eds.). *Investment Arbitration and Climate Change* (pp. 165 y ss). Kluwer Law International BV.

Baltag, C. *et al.* (2023). Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review*, 38(2), 381 y ss.

Beysulen Angin, B. (2025). The Right to Regulate v. Investment Protection: Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law. *ICSID Review*, 40(1), 11 y ss.

Brinks, D., Levitsky, S. & Murillo, M. V. (2019). *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*. Cambridge Elements. Political and Society in Latin America; Cambridge University Press.

Burton, P. (2022). Constructing the Calvo Doctrine: Claims to universality and charges of particularism. En Droubi, S. & Flores Elizondo, C. J. (eds.), *Latin America and international investment law: A mosaic of resistance* (pp. 31 y ss.). Manchester University Press.

Carlarne, C., *et al.* (2016). International Climate Change Law: Mapping The Field. En Gray, K., *et al.*, (ed), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (pp. 3 y ss.). Oxford University Press.

CLACSO. (2024, 5 de abril). *Ante el referéndum del 21 de abril en Ecuador*. CLACSO.

Choer, H. & Hees, F. (2018). Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements. *AJIL Unbound*, (112), 197-201.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 31 de diciembre). Resolución N.º 3/2021, sobre emergencia climática.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2024, 29 de febrero). *Honduras denuncia el Convenio del CIADI*. CIADI.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Investigaciones. (2023, 14 de diciembre). *Orazul International España Holdings S.L. vs. Argentina*. Caso ICSID N.º ARB/19/15.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2021, 4 de agosto). *Ecuador ratifica el Convenio del CIADI*. CIADI.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018, 30 de noviembre). *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. vs. España*. Caso CIADI n.º ARB/13/30, decisión de responsabilidad y los principios de la cuantía del daño.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018, 26 de julio). *Marfin Investment Group Holdings S.A. y otros vs. Chipre*. Caso CIADI n.º ARB/13/27.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017, 30 de noviembre). *Bear Creek Mining Corporation vs. Perú*, caso CIADI n.º ARB/14/21.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2012, 14 de diciembre). *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad.

Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (1969). *Historia del Convenio del CIADI* (vol. IV). CIADI.

Corte Permanente de Arbitraje. (2015, 17 de marzo). Caso *William Ralph Clayton y otros vs. Gobierno de Canadá*. Caso No. 2009-04, laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad.

De la Quadra-Salcedo, T. (2010). Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores energéticos. En Serrano, M. & Bacigalupo, M. (eds.), *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial* (pp. 163 y ss). Iustel.

Della, G. (2011). Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*. Springer.

Diehl, A. (2012). *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International.

Dixon, R. & Landau, D. (2021). *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*. Oxford University Press.

Dugan, C. F., Rubins, N. D., Wallace, D. & Sahabi, B. (2008). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press.

Elkins, Z. et al. (2006). *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000*. *International Organization*, 60(4), 46 y ss.

Fach Gómez, K. (2019). Latin America. En Krajewski, M. et al. (ed.). *Research Handbook on Foreign Direct Investment* (pp. 494 y ss.). Edward Elgar Pub.

García-Gallo, A. (1974). La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII. *Anuario de historia del derecho español*, 44, 157-200.

Garden, R. (2023). Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 38(1), 17 y ss.

Gismondi, G. E. (2023). *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration: The Contribution of Host States' Argumentation in Re-Shaping International Investment Law*. Kluwer Law International BV.

Gutiérrez, M. et al. (2025). *Modelos institucionales y normativos para el desarrollo de depósitos de litio*, Banco Interamericano de Desarrollo.

Hausmann, R. (2021, 9 de diciembre). *Green World at the End of the Flat World*. Project Syndicate. <https://www.project-syndicate.org/commentary/green-growth-and-end-of-flat-energy-world-by-ricardo-hausmann-2021-12/spanish>

Hausmann, R. (2011). Structural Transformation and Economic Growth in Latin America, En Ocampo, J. A. & Ros, J. (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Economics* (pp. 519 y ss.) Oxford Handbooks in Economics; Oxford University Press.

Henckels, C. (2018). Should investment treaties contain public policy exceptions? *Boston College Law Review*, 59(8), 2825 y ss.

Henckels, C. (2015). The role of the standard of review and the importance of deference in investor-state arbitration. En Gruszczynski, L. & Werner, W. *Deference in international courts and tribunals: Standard of review and margin of appreciation* (pp. 15 y ss.). Oxford University Press.

Henckels, C. (2014). *Proportionality and deference in investor-state arbitration: Balancing investment protection and regulatory autonomy*. Cambridge University Press.

Henckels, C. (2012). Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 15(1), 223 y ss.

Hernández, J. I. (2025). El arbitraje internacional de inversiones mineras: el caso de Panamá. *Anuario de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, (1), 49 y ss.

Hernández, J. I. (2018). El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones. En Banes, J. (eds.). *Libro homenaje al profesor Pablo García Manzano*. Marcial Pons.

Hernández, J. I. (2016). *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana.

Hernández, J. I. (2016). El Derecho Administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, (50), 147 y ss.

Hernández, J. I. (2016). What to Expect from the Arbitration Center of the Union of South American Nations (UNASUR). *TDM*, 2.

HonduPrensa. (2024, 8 de abril). *Honduras: Canciller justifica denuncia a CIADI con tendencia internacional*. HonduPrensa.

Hood, M. (1983) *Gunboat diplomacy 1895-1905*. George Allen & Unwin.

Instituto Internacional para del Desarrollo Sostenible. (2024, 22 de abril). El referendo en el Ecuador rechaza el regreso del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, lo que subraya el apoyo del público a una vía sostenible. IISD.

- Kesar, D. (2024). In Pursuit of Sustainable Development: Safeguarding the Right to Regulate. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 90(3). 360 y ss.
- Lastres, E. (2009). Los contratos mineros. *Círculo de Derecho Administrativo*, (8), 11 y ss.
- León, M. et al. (2020). (eds.). *La gobernanza del litio y el cobre en los países andinos*. CEPAL.
- Levashova, Y. (2019) *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International BV.
- López, C. (2024). Mining in investment arbitration: an analysis of mining companies' legitimate expectations. *Journal of International Economic Law*, 27(2), 297 y ss.
- López, A. (2017). Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador. *Revista Ecuatoriana De Arbitraje*, (8), 195 y ss.
- Manning-Cabrol, D. (1995). The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law & Policy International Business*, (26), 1195 y ss.
- Maurel, R. (2021). *Les sources du droit administratif global*. LexisNexis.
- Morgandi, T. & Lorand B. (2023). Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties. *King's Law Journal*, 34(1), 145 y ss.
- Napolitano, G. (2020). *Introduzione al diritto Amministrativo comparado*. Il Mulino.
- Nieto, R. (2007). La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje? El caso argentino. En *Arbitraje internacional. Tensiones actuales* (pp. 35 y ss.). Legis.
- Novoa Monreal, E. (1974). *Nacionalización y recuperación de Recursos Naturales ante la Ley Internacional*. Fondo de Cultura Económica.
- Obaya, M. & Pascuini, P. (2020). Estudio comparativo de los modos de gobernanza del litio en la Argentina, Chile y el Estado Plurinacional de Bolivia. En León, M., et al., (eds.). *La gobernanza del litio y el cobre en los países andinos* (pp. 42 y ss.). CEPAL.
- Organización de las Naciones Unidas. (2023, 26 de junio). El derecho al desarrollo en el derecho internacional de inversiones. Comunicación A/HRC/54/82.
- Perry, N. & Schönerwald, C. (2012). Institutions, Geography, and Terms of Trade in Latin America. *International Journal of Political Economy*, 41(1), 66 y ss.
- Petrenko, A. (2024). *The Right to Regulate in International Economic Law: Towards a General Theory with Lessons from the GATS*. Universitätsverlag Göttingen.
- Rajput, A. (2018). *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*. Kluwer Law International.
- Reinish, A. (2008). Expropriation. En Muchlinski, P. et al. (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment* (pp. 407 y ss.). Oxford.
- Remmer, K. (2019). Investment Treaty Arbitration in Latin America. *Latin American Research Review*, 54(4).
- Rodríguez-Arana, J. & Hernández, J. I. (coords.). (2016). *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*. INAP.
- Rodríguez-Muñoz, J. (2009). El Derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista de Derecho Público*, (120), 7 y ss.
- Rojas, C. (2024). Los contratos especiales de operación de litio (CEOL) en el marco de la nueva estrategia nacional del litio en Chile. *Cuadernos de derecho regulatorio*, 2(2), 201 y ss.
- Quispe, F. (2022). Medio ambiente y derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (22), 71 y ss.
- Salacuse, J. & Sullivan, N. (2005). Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*, 46(1), 77 y ss.
- Sands, A. (2023). Regulatory Chill and Domestic Law: Mining in the Santurbán Páramo. *World Trade Review*, (22), 55 y ss.
- Schill, S. W. & Tams, C. J. (2022). International investment protection and constitutional law: Between conflict and complementarity. En Schill, S. W. & Tams, C. J. (eds.). *International Investment Protection and Constitutional Law* (pp. 2 y ss.). Edward Elgar Publishing Limited.
- Schill, S. (2017). Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. *Journal of International Economic Law*, (20), 649 y ss.
- Schill, S. W. (2011). Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and

Methodological Foundations of a New Public Law Approach. *Virginia Journal of International Law*, (52), 57 y ss.

Shea, D. R. (1955), *The Calvo clause*. University of Minnesota Press.

Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign investment*. Cambridge University Press.

Southern African Development Community. (2012). *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*. SADC.

Tienhaara, K. *et al.* (2022). Investment-state disputes threaten the global green energy transition. *Science*, 376, (6494), 701 y ss.

Titi, C. (2018). Police powers doctrine and international investment law. En Gattini, A, *et al.*, (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (pp. 323 y ss.). Brill Nijhoff.

Titi, C. (2014). Investment Arbitration in Latin America The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. *Arbitration International*, 30(2), 357 y ss.

Titi, C. (2014). *The Right to Regulate in International Investment Law*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Transnational Institute. (2024, 23 de abril). *Ecuador dijo "no" al arbitraje internacional una decisión soberana con resonancia internacional en la pelea contra el mecanismo ISDS*. Transnational Institute. <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/ecuador-dijo-no-al-arbitraje-internacional>

Unzueta, A., Sucre, C. & Nunes da Cunha, N. (2022). *Apalancando el crecimiento de la demanda en minerales y metales para la transición a una economía baja en carbono*. Banco Interamericano de Desarrollo.

Valenti, M. (2018). New Trends in International Investment Law Treaty Practice: Where does Latin America stand? *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 39(79), 9 y ss.

Vandeveld, K. J. (2010). *Bilateral Investment Treaties History, Policy, and Interpretation*. Oxford University Press.

Van Harten, G. (2008). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press.

Von Bogdandy, A. (2017). Ius Constitutionale Comuna en América Latina: Observaciones sobre el Constitucionalismo Transformador. En *Constitucionalismo transformador en América Latina* (pp. 27 y ss.). Oxford University Press.

Von Borries, I. L. (2014). El alcance de la prohibición constitucional al arbitraje internacional en materia de hidrocarburos en Bolivia. *Arbitraje PUCP*, (4), 211 y ss.

Wälde, T. (2007). The Specific Nature of Investment Arbitration. En Kahn, P. & Wälde, T. (eds.). *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux* (pp. 42 y 76). Martinus Nijhoff Publishers.

Wallace, D. (2005). Fair and equitable treatment and denial of justice. Loewen v. US. And Chittin v. Mexico. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (pp. 693 y ss.). Cameron May.

Wood, G. (2022). Latin America: Renewables at the Crossroads on Multiples Drivers. En Wood, G. & Neira-Castro, J. F. (eds), *From Fossil Fuels to Low Carbon Energy Transition. New Regulatory Trends in Latin America* (pp. 3 y ss.). Palgrave Macmillan.

Xavier, E. C. & Costa, F. (2021). El estándar de trato justo y equitativo. En Álvarez, J. M. & Zénkiewicz, M. (eds), *El Derecho Internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 417 y ss.). Universidad Externado de Colombia.

Zumárraga, C. (2013). Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (4), 15 y ss.