

# EL ROL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO

## *THE ROLE OF INVESTMENT ARBITRATION IN THE IMPLEMENTATION OF CLIMATE CHANGE POLICIES*

**Juan Pablo Gómez-Moreno\***  
Universidad de los Andes  
Universidad El Bosque  
Adell & Merizalde

*Nowadays, there is no doubt that one of the main issues of the global agenda is climate change. Conscious of such a reality, several actors of the society have been more closely involved in the debate on the protection of the environment and the reduction of those activities that contribute to diminishing it. Investment arbitration is a field that, even though it has not appeared active and directly in these discussions, keeps a close relationship with these issues and might play a fundamental role in the effectiveness of the implementation of climate change policies.*

*Against this backdrop, this article focuses on studying the relationship between investment arbitration and climate change, explaining their points of contact and differences, to propose some thoughts on specific ways in which investor-State arbitration might contribute to the agenda on climate change.*

**KEYWORDS:** *International arbitration; investment arbitration; climate change; environment.*

*En la actualidad, no cabe duda de que uno de los principales temas de la agenda global es el cambio climático. Conscientes de esta realidad, distintos actores de la sociedad se han involucrado cada vez más en el debate sobre el cuidado del medioambiente y la reducción de las actividades que contribuyen a mermarlo. El arbitraje de inversión es un ámbito que, si bien no ha aparecido activa y directamente en estas discusiones, guarda una estrecha relación con estos asuntos y podría tener un papel fundamental en la efectividad de la implementación de las políticas de cambio climático.*

*En este contexto, el presente artículo se enfoca en estudiar la relación entre arbitraje de inversión y cambio climático, explicando sus puntos de contacto y diferencias, para proponer algunas reflexiones sobre las formas puntuales en las que el arbitraje inversionista-Estado puede contribuir a la agenda sobre cambio climático.*

**PALABRAS CLAVE:** *Arbitraje internacional; arbitraje de inversión; cambio climático; medioambiente.*

\* Abogado y filósofo. Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y Magíster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. Asociado en Adell & Merizalde (Bogotá, Colombia). Contacto: [jp.gomez1102@gmail.com](mailto:jp.gomez1102@gmail.com)

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 6 de septiembre de 2022, y aceptado por el mismo el 8 de noviembre de 2022.

## I. INTRODUCCIÓN

Las últimas noticias sobre cambio climático han impactado al mundo de una forma sin precedentes. Según han informado los expertos, la inacción regulatoria respecto de los vectores de la actividad humana que afectan negativamente al medioambiente han generado que gran parte del daño sea irreversible (McGrath, 2022). En respuesta a este diagnóstico, recientemente, la agenda medioambiental ha sido particularmente activa, con reiterados encuentros y esfuerzos plurilaterales de una inmensa mayoría de Estados soberanos dirigidos a enfrentar esta situación.

Al referirnos a cambio climático, dos puntos fundamentales de la discusión son la biodiversidad y el ecosistema. A su vez, estos conceptos nos refieren a los recursos naturales, pues son estos los que, en la mayoría de los casos, sufren la afectación directa de la actividad humana a pesar de ser la mayor fuente de riqueza medioambiental y, en ocasiones, un factor de protección del ecosistema. Esta actividad humana se refiere a un amplio espectro de iniciativas, en su mayoría económicas, que tienen un impacto en los recursos naturales.

Principalmente, la explotación de los recursos naturales y el daño ambiental suele asociarse a las industrias extractivas, por ejemplo, petróleo y gas, y minería (Bebbington *et al.*, 2018). Sin embargo, hay muchas otras actividades que tienen un efecto en el medioambiente y que se discutirán en más detalle en este artículo. En todo caso, es relevante tener en cuenta que, como consecuencia de los cambios recientes en esta materia, distintos actores han puesto en marcha medidas para hacer frente al cambio climático.

Aunque este es un punto que se abordará más adelante, vale la pena mencionar que, por ejemplo, los Estados han adquirido nuevos compromisos en materia de protección del medioambiente. Al mismo tiempo, el sector privado también ha reaccionado, con actores de varias industrias estratégicas acompañando este movimiento. El interés de este ensayo es sumarse a este debate desde la perspectiva de un campo que, si bien ha sido parte de estas discusiones, no ha tenido un rol protagónico en la materia, esto es, el arbitraje de inversión.

Las discusiones que pretenden integrar el arbitraje inversionista-Estado (en adelante, ISDS) y el medioambiente no son, en lo absoluto, novedosas. Desde hace varios años, se han considerado las interacciones entre estos dos sistemas, ya que un significativo número de casos de in-

versión tratan sobre asuntos de medioambiente (Marisi, 2020). No obstante, la mayor parte de la literatura suele enfocarse en la relación, por lo general contenciosa, entre medioambiente y ISDS. A manera de ejemplo, varios autores han estudiado temas como la litigiosidad de las industrias extractivas (Burnett & Brett, 2017) o los casos puntuales sobre inversión y recursos naturales (Asteriti, 2012).

Por el contrario, es poco el material que existe, al menos en el plano estrictamente académico, sobre cómo el arbitraje de inversión, entendido como sistema en sí mismo, podría contribuir a implementar las políticas para mitigar el cambio climático. En ese orden de ideas, este artículo se enfocará en dicho asunto, buscando explorar tanto la relación presente y futura entre el ISDS y el cambio climático, así como las formas específicas en que el arbitraje de inversión tiene un papel por jugar en la discusión global sobre cambio climático.

Es relevante aclarar que el alcance de este artículo no incluye una revisión detallada de posibles arbitrajes de inversión que pudieran surgir a causa de la transición energética, cuáles serían sus problemáticas principales o cómo podrían ser decididos. Aunque estos puntos serán considerados *en passant* en este escrito y son, sin duda, aspectos relevantes de una discusión que debe crecer con el tiempo, la presente investigación busca, ante todo, sentar las bases para discutir a grandes rasgos el rol complementario del ISDS en la transición energética y no los conflictos inmediatos que pueden resultar de esta interacción.

Más bien, este artículo se suma a la literatura existente que explora la relación entre medioambiente y arbitraje de inversión, comentando sus tensiones y puntos de contacto. En particular, el argumento central de este trabajo es que el ISDS puede aportar o restar a la implementación de la lucha contra el cambio climático según sean enfocados los esfuerzos de quienes integran su comunidad de práctica.

Para estos efectos, el presente artículo se divide en cinco secciones. La sección II presentará un contexto inmediato de las políticas sobre cambio climático y los aspectos básicos del ISDS. La sección III estudiará la relación entre arbitraje de inversión y medioambiente, centrándose en definir los aspectos más relevantes para el futuro. La sección IV discutirá la cuestión específica sobre el ISDS y su rol en la implementación de políticas de cambio climático. Finalmente, la sección V presentará algunas reflexiones finales.

## II. CONTEXTO INMEDIATO DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL ISDS

### A. Marco regulatorio de la lucha contra el cambio climático

Actualmente, podría decirse que el marco regulatorio sobre cambio climático está en el centro de la agenda global. En particular, en 2021, con la celebración de la Conferencia de las Partes (en adelante, COP) número 26 en la ciudad de Glasgow, estos temas adquirieron una nueva dimensión. Para muchos, este evento fue particularmente importante por factores como la post-pandemia y el cubrimiento que recibió la COP 26 por parte de los medios de comunicación y de distintos grupos de interés (Quintana *et al.*, 2021). Sin embargo, el fenómeno visto en este encuentro se remonta a muchos años atrás.

Este artículo recopila algunos de los hitos más relevantes para la discusión sobre cambio climático, sin interés en hacer un recuento exhaustivo de los mismos. Esto es así con el objeto de enfocar la investigación en los instrumentos que resultan más relevantes para el ISDS y que se citarán más adelante en el escrito. Así, es fundamental notar, en primer lugar, que, durante los noventa, en Río de Janeiro, se firmó la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (en adelante, CMNUCC).

La CMNUCC fue suscrita por 127 Estados que reconocieron la necesidad de tomar medidas globales para combatir el cambio climático. Como su nombre lo indica, esta Convención es un tratado 'marco', por lo que meramente estableció algunos parámetros generales a los que debían añadirse, con posterioridad, medidas vinculantes y específicas a través de, por ejemplo, protocolos entre las partes (Bodansky, 1993, pp. 493-494; Sands, 1992, p. 276).

Retomando el contexto inicial de esta sección, es relevante anotar que el artículo 7 de la CMNUCC creó las COP, mediante las cuales se buscaba que los Estados signatarios se reunieran anualmente para revisar el cumplimiento de los objetivos de la Convención. De ahí, precisamente, que las COP sean tan relevantes para estudiar los avances en la lucha contra el cambio climático, y que la COP 26, única en su tipo, haya recibido tanta atención.

Posteriormente, en 1997, 37 Estados desarrollados firman el Protocolo de Kioto. El objetivo de este instrumento es cuantificar y establecer objetivos vinculantes para reducir la emisión de gases de efecto invernadero. Estos gases son de particular importancia para la lucha contra el cambio climático porque, como lo ha indicado la doctrina, emiten

y absorben radiación dentro de un rango que hace que la temperatura de la tierra incremente de manera dramática (Manabe, 2019).

En abril de 2016, luego de las negociaciones que tuvieron lugar en la COP 21, se firmó el Acuerdo de París. En este caso, el acuerdo es firmado por 175 países. La relevancia fundamental de este instrumento es que constituyó un verdadero compromiso 'global' en la lucha contra el cambio climático, pues, a diferencia del Protocolo de Kioto, fue suscrito tanto por Estados desarrollados como no desarrollados.

Por lo demás, esto demuestra, una vez más, la importancia que han tenido las COP para avanzar gradualmente la agenda climática mundial. Además, en el Acuerdo de París se estableció una hoja de ruta en la que cada Estado planteó sus compromisos respecto del cambio climático y se comprometió a actualizarlos cada cinco años (Paris Climate Agreement, 2015). De conformidad con esto, la COP 26 de 2021 fue la primera ocasión en la que estos compromisos que venían del Acuerdo de París fueron renovados por primera vez.

¿Cuáles son, entonces, los compromisos críticos adquiridos en estos acuerdos y que fueron renovados en la COP 26? Este artículo se enfocará en algunos de ellos. Siguiendo lo que se establece en el artículo 2.1.(a) del Acuerdo de París, en el párrafo 15 del documento resultante de la COP 26 se reafirmó el compromiso de los Estados signatarios de mantener la temperatura mundial por debajo de los 2 grados Celsius y hacer esfuerzos para mantener su incremento a 1.5 grados.

Por otra parte, en línea con lo que disponen referencias como el artículo 4.1. del Acuerdo de París, que en esencia busca decrecer las emisiones de gases de efecto invernadero, en la COP 26 las partes se comprometieron a reducir las emisiones globales de dióxido de carbono en un 45% para el 2023, con respecto al nivel de 2010 y a cero hacia 2050 (Glasgow Climate Pact, 2021, párr. 17).

### B. Aspectos básicos sobre el funcionamiento del ISDS

En la medida que este artículo no está dirigido necesariamente a expertos en arbitraje de inversión, resulta pertinente dar una explicación sucinta sobre el funcionamiento del arbitraje de inversión o ISDS. En breve, el ISDS aparece como una fórmula para proteger recíprocamente los intereses de la inversión extranjera y evitar preocupaciones como la politización de las decisiones, el trato discriminatorio y la expropiación sin compensación justa (Kaufmann-Kohler & Potestà, 2020).

El mecanismo por excelencia del ISDS para dar estas garantías son los acuerdos internacionales de inversión (en adelante, AIs). Así, estos tratados, que son suscritos entre Estados, les ofrecen una serie de garantías a los inversionistas extranjeros que pertenezcan a alguno de los Estados signatarios respecto de las medidas del otro Estado signatario, cuando este último sea el receptor de la inversión.

Si estos acuerdos se rompen, los inversionistas pueden invocar las protecciones de los AIs contra los Estados receptores de su inversión para dar lugar a la responsabilidad internacional de los mismos y obtener, como consecuencia de su reclamo, una compensación resultante de algún daño sufrido (Douglas, 2009).

¿Cómo suelen aparecer los temas ambientales en el ISDS? La figura típica de estos casos es que un inversionista, actuando en calidad de demandante, afirma ante un tribunal arbitral que ciertas medidas regulatorias de un Estado han afectado alguna de las garantías que le ofrece un AI. A su vez, el Estado planteará sus defensas, entre las cuales se encuentra, en ocasiones, el que estas medidas fueron adoptadas por razones legítimas, como puede ser la protección del medioambiente.

### III. DESENCUENTROS ENTRE CAMBIO CLIMÁTICO E ISDS

Esta sección se ocupará de discutir, en particular, cuáles son los puntos de contacto y de diferencia, tanto presentes como futuros, entre el ISDS y las políticas de cambio climático. Aquí se tratarán las reformas en distintos sectores económicos a raíz del cambio climático y cómo esto puede dar lugar a más disputas ambientales.

También se discutirán a continuación los principales retos del cambio climático para integrarse totalmente en el ISDS, la renegociación de nuevos instrumentos de inversión, y el balance que debe tenerse en cuenta entre interés público y el interés financiero de un inversionista en los proyectos que pueden verse afectados.

En breve, esta sección tratará cuatro asuntos. De una parte, se referirá a las tensiones entre ISDS y cambio climático a partir de la reforma económica que supondría la agenda climática global y los principales problemas para su implementación en el marco del sistema internacional de protección de inversiones.

De otra parte, tratará algunas consideraciones clave para entender hoy la interacción entre ISDS y cambio climático. Esto incluye la tendencia de re-

negociación y firma de nuevos AIs con una sensibilidad medioambiental, así como la importancia de entender el balance que debería existir entre el riesgo regulatorio y el riesgo financiero.

#### A. Reforma económica en cambio climático y disputas ambientales

Antes de avanzar más en esta discusión, hay que mencionar que, según lo discutido en la COP 26, para lograr los objetivos del Acuerdo de París, algunas de las industrias estratégicas que deben cambiar son energía, infraestructura, sectores industriales y el uso de tierras, todas las cuales deben movilizarse de una actividad con altos niveles de emisiones de carbón a cero emisiones en 2050 o antes.

Entre más inversiones haya en industrias o proyectos con un impacto ambiental, sea este positivo o negativo, mayores controversias asociadas con el medioambiente surgirán. Esto puede referirse tanto a industrias extractivas, como a energías renovables y otros sectores de la economía. A su vez, dicha realidad se conecta con dos variables adicionales. De una parte, el número de proyectos en estos segmentos de la industria son hoy en día mucho mayores que en años anteriores (Ayadi *et al.*, 2020, pp. 396-397).

Esto puede surgir por una variedad de razones. A manera de ejemplo, como resultado de la agenda global sobre cambio climático, los Estados han adquirido obligaciones para combatir el daño ambiental o incluso prevenir que este sea incrementado, lo que los impulsa a promover iniciativas contra las actividades contaminantes o a favor de las energías limpias. Adicionalmente, hay un mayor grado de conciencia en la población sobre los impactos del cambio climático, lo que, en muchos lugares, ha creado un clamor por políticas 'verdes' (Mertig, 2015, p. 63).

De otra parte, esto lleva indefectiblemente al aumento de disputas en estos sectores. Ante la falta de una capacidad especializada para desarrollar estas inversiones por cuenta propia, los Estados deben atraer inversión extranjera experta en proyectos como las energías limpias. Esto puede suceder incluso a través una serie de medidas regulatorias que incluyen, por ejemplo, incentivos como subvenciones o exenciones fiscales (Wall *et al.*, 2018, p. 4). A su vez, esto otorga unos derechos que pueden dar lugar a potenciales disputas internacionales.

Particularmente, en el sector de la energía solar, una importante ola de arbitrajes se iniciaron en contra de España en años recientes. Por ejemplo,

en este país, el Gobierno usó el esquema de las *feed in tariffs* para atraer a inversionistas extranjeros que pudieran desarrollar la red doméstica de energía solar. Estos mecanismos, en términos básicos, consisten en ofrecerle a los inversionistas del sector contratos a largo plazo con beneficios como tarifas por encima de los precios de mercado, para incentivarlos a participar en este tipo de proyectos (Mendonça, 2007).

Sin embargo, en vista de la crisis financiera por la que pasó España recientemente, coincidente con los períodos críticos de los contratos de energías renovables, el Estado revocó estos beneficios y ello dio lugar a varios arbitrajes de inversión. Así es como, actualmente, España ha sido demandada en más de cuarenta disputas de este tipo (Noilhac, 2020), un fenómeno comparable únicamente con la crisis argentina de los 2000. Esto muestra el alto nivel de litigiosidad que pueden tener las políticas públicas enfocadas en favorecer la transición energética, incluso cuando resultan de una crisis económica.

El caso de España se ha replicado en otros Estados, donde la promoción de las energías limpias también resultó en demandas internacionales. Este fue el caso de países de Europa Central, como República Checa, que implementó igualmente una serie de políticas para apoyar la energía solar y posteriormente tuvo que hacer frente a varias reclamaciones sobre estos temas (Simoes, 2017, pp. 259-260). Esto demuestra que no se trata de casos aislados y que, de hecho, la realidad indicaría que estas controversias podrán ser más comunes en el mediano y largo plazo.

Según se anunció en la introducción, una revisión *in extenso* de las modalidades de arbitraje que podrían surgir en estos contextos excede el objeto de este artículo. No obstante, para efectos de dar claridad en la discusión y enriquecer el debate futuro, sería relevante tener presentes las diferencias que podrían existir según las particularidades de las políticas públicas que adopte un Estado y cómo las implemente.

Así, parece que *prima facie* serían distintas, por ejemplo, las controversias por el trato diferencial de un Estado entre inversionistas de energías tradicionales e inversionistas de nuevas energías, en cuyo caso la discusión apunta más hacia una 'discriminación', con respecto a aquellos arbitrajes ocasionados por la reversión de políticas que favorecerían la transición energética, pero que, por cualesquiera motivos, un Estado no pudo mantener en el tiempo, en los que se discutirían probablemente unas 'expectativas legítimas' o algo similar.

De acuerdo con este contexto sobre energías renovables y arbitraje de inversión, podría decirse que, en el plano de la transición energética, los proyectos más activos, y por ende más sensibles a arbitrajes de inversión, serán la energía solar, eólica e hídrica (Talus, 2015; Tirado, 2015). Sin embargo, esta cuestión de la litigiosidad futura en materia de ISDS no se limita a la promoción de las nuevas fuentes de energía. Los compromisos de los Estados en materia de cambio climático también implican, en gran medida, ajustes fuertes a iniciativas existentes en fuentes tradicionales de energía.

Este es el caso de los proyectos con energía nuclear o combustibles fósiles. Igualmente, en materia de proyectos extractivos, varios casos han surgido con ocasión de la terminación de proyectos extractivos, como minería, petróleo y gas. De hecho, según las estadísticas más recientes del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), un 25% del total de casos administrados por la institución corresponden a petróleo, gas y minería, seguidos de un 17% en sectores de la industria energética, con lo que, entre estas actividades económicas, concentran casi la mitad de las disputas (CIADI, 2022, p. 12).

Al respecto, resulta relevante destacar que, como lo apuntó el Secretario General de Naciones Unidas, el IPCC Sixth Assessment Report sería un ultimátum para el carbón y los combustibles fósiles. Lo anterior es así porque, según dicho reporte, para evitar un desastre climático, las emisiones de gases de efecto invernadero deben recortarse en un 50% para 2030 y eliminarse completamente para 2050.

De igual manera, cabe destacar que las repercusiones del cambio climático en la economía son dramáticas. Por ejemplo, en el caso de cambios regulatorios asociados a la transición a una economía baja en carbón, muchos autores coinciden en que los inversionistas quedarían con unos *stranded assets* (Bos & Gupta, 2019, pp. 1-2). Estos activos, según los define la doctrina económica, son aquellos que deben depreciarse tiempo antes del fin de su vida útil, incluso si esto genera pérdidas de derechos prematuras y efectos financieros negativos para sus inversionistas (Van der Ploeg & Rezaei, 2020).

Otro punto que vale la pena destacar es que este es un fenómeno 'global'. Si bien este tipo de casos suelen asociarse a regiones estratégicas como América Latina (Álvarez *et al.*, 2021), donde se han concentrado disputas de industrias estratégicas, como las asociadas con la explotación de petróleo y la minería, esta realidad no es exclusiva de los países en vía de desarrollo. Hace poco, por ejem-

plo, la compañía alemana RWE demandó al gobierno de Países Bajos por sus planes de terminar una inversión asociada con carbón, reclamo que asciende a 1.4 billones de euros (*RWE AG c. Reino de los Países Bajos*, 2021).

Además, estos casos demuestran la oposición que ya existe entre el sector privado y el sector público respecto de medidas regulatorias que prohíben ciertas industrias o actividades estratégicas para la implementación de la lucha contra el cambio climático. Esto puede tomar varias formas. De una parte, puede tratarse de iniciativas tradicionales, como aquellas asociadas a actividades que emiten gases de efecto invernadero.

Por ejemplo, la empresa Westmoreland demandó recientemente a Canadá por 470 millones de dólares canadienses por medidas sobre una serie de plantas de energía alimentadas con carbón en Alberta (*Westmoreland c. Gobierno de Canadá*, 2020). De forma similar, Rockhopper, una compañía británica de combustibles fósiles, demandó a Italia por 275 millones de euros respecto de una prohibición de perforaciones de petróleo en el mar (*Rockhopper Italia S.p.A. c. República Italiana*, 2017).

Pero estas medidas también pueden ocurrir en nuevas actividades económicas con un importante componente ambiental. El ejemplo por excelencia es el *fracking*, que, como lo indicaría cierta doctrina, generaría, a la par, altos márgenes de explotación y de contaminación (Jackson *et al.*, 2014). En particular, el *fracking* es interesante no solo porque es una 'nueva' modalidad de explotación, sino porque, en particular, es una actividad económica que ha generado múltiples reacciones, tanto a favor como en contra, en distintas jurisdicciones.

Así, en Canadá, Lone Pine demandó al Estado por una moratoria en un proyecto de este tipo en Quebec y las reclamaciones ascienden a un total de 118.9 millones de dólares (*Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá*, 2015). De forma similar, en Eslovenia, donde se prohibió este tipo de mecanismo extractivo, la compañía británica Ascent Resources ha interpuesto ya una demanda por 100 millones de euros (*Ascent Resources Plc & Ascent Slovenia Ltd c. República de Eslovenia*, 2022).

#### **B. El nudo gordiano de la relación entre ISDS y medioambiente**

Ante la inminencia de la relación conflictiva que pueden tener el ISDS y las políticas de cambio climático, surge una pregunta jurídica compleja, a saber, si el Estado puede adoptar medidas re-

gulatorias en virtud de sus obligaciones ambientales. Estos compromisos, a la luz de los nuevos cambios en materia climática, serán generalmente 'nuevos', esto es, inexistentes al momento de firmar el AIJ respectivo o cuando el inversionista inició su inversión.

¿Cómo pueden entonces los Estados cumplir sus obligaciones medioambientales sin descuidar sus compromisos con los inversionistas? Ante esta difícil situación, habría que decir que, salvo que se renegociaran los términos de los acuerdos con los integrantes del sector privado, los Estados estarían frente al deber de elegir entre el 'menor' de dos males: defraudar a la comunidad internacional (e incluso a la sociedad civil) o desconocer ciertas protecciones del inversionista.

A su vez, estos proyectos, particularmente en el caso de contratos en la industria extractiva, estarán protegidos normalmente con cláusulas de estabilización que les aseguran a los inversionistas cierta previsibilidad respecto de las medidas del Estado sobre sus inversiones, niveles de rendimientos, etc. (Oshionebo, 2010, p. 4). De tal forma, lo que hacen estas cláusulas, en últimas, es hacer todavía más difícil para los Estados desprenderse *de facto* de sus compromisos con el sector privado para favorecer una agenda climática.

Y, cuando ya se han tomado estas decisiones, ¿qué deben tener en cuenta los árbitros? Como lo explica la doctrina, en la medida que la fuente de interpretación principal de los árbitros es, por lo general, el respectivo tratado o AIJ, no es posible, en la mayoría de los casos, que estos tribunales tengan en cuenta factores como los cambios en la conciencia ambiental a nivel global (Clasmeier, 2017). Esto sería exceder el lenguaje expreso del tratado, lo que, a su vez, podría resultar en una anulación del laudo por haber excedido los poderes otorgados o la controversia discutida por las partes (Lalive, 2010; Timmer, 2013).

En relación con estas cuestiones, un aspecto muy relevante son las disposiciones sobre ley aplicable en estos arbitrajes de inversión. Por regla general, el tribunal arbitral deberá referirse, ante todo, al tratado y, de ser el caso, a otras fuentes como el derecho internacional (Hirsch, 2012). Sin embargo, no suele ser bien recibido que los árbitros tengan en cuenta instrumentos adicionales, como doctrinas, instrumentos de derechos humanos o derecho del medioambiente (Baltag & Dautaj, 2021; Boisson de Chazournes, 2017).

El alcance de estas restricciones interpretativas ha sido revisado *in extenso* en la doctrina. Algunos autores consideran que los tribunales tendrían, entre

sus facultades, la posibilidad de tener en cuenta estos instrumentos (Asteriti, 2015). No obstante, en la práctica, esta suele ser una posición minoritaria y no se ha visto en muchos casos. A manera de ejemplo, en su opinión disidente en el caso *Eco Oro* contra Colombia, el árbitro Philippe Sands explicó por qué, en su concepto, esto sería posible, pero sus consideraciones siguen siendo las de una perspectiva minoritaria en la práctica (*Eco Oro Minerals c. República de Colombia*, 2016).

En todo caso, al referirnos al ‘nudo gordiano’ de la relación entre ISDS y medioambiente, hay dos factores adicionales a tener en cuenta. Por una parte, que los árbitros son fundamentales en estos procesos porque son quienes, en últimas, determinan las normas aplicables y la posibilidad de seguir o no ciertas interpretaciones, pero que, a pesar de esto, una gran mayoría de los árbitros asignados a estos casos pertenecen a una generación en la que el cambio climático no era un elemento protagónico del debate jurídico (Karsenti & Granier, 2021, p. 341), por lo que su formación jurídica profesional no involucró estas cuestiones.

Por otra parte, que el sistema de nombramiento de árbitros en instituciones como el CIADI, como lo han mencionado algunos autores, incentiva a los árbitros a actuar para ser designados nuevamente (Kapeliuk, 2010, pp. 33-35). De esta forma, ante la posibilidad de que un tribunal arbitral en ISDS que aplica elementos de derecho ambiental sea visto como radical o inapropiado, los árbitros tenderán a apartarse de estas conductas, evadiendo muchas veces estos debates en sus laudos y buscando salidas jurídicas más ‘pacíficas’ y sencillas (Oglinda, 2015, p. 127).

El resultado práctico de estas circunstancias es que la inclusión de consideraciones de derecho ambiental, relevantes para las políticas de cambio climático, es poco usual en casos de ISDS. Si los adjudicadores no están formados para entender la relevancia de estos temas e incorporarla en sus decisiones, además de que el sistema mismo está configurado para evitar este tipo de decisiones, la probabilidad de que estos temas aparezcan en la agenda es muy baja.

Por último, es importante resaltar además que, en estos casos, los tribunales arbitrales designados por las partes son distintos caso a caso, de manera que puede haber una multiplicidad de árbitros decidiendo disputas sobre materias asociadas al cambio climático y cada uno de ellos tendrá una visión diferente del asunto. Esto no es *per se* algo negativo, pero sí abre una interrogante sobre la conveniencia o no de que un tema sensible como este y que requiere quizás una óp-

tica particular sea visto por varios observadores desde lugares tan distintos.

Adicionalmente, al menos en teoría, los tribunales arbitrales no están de ninguna forma constreñidos por las decisiones pasadas de otros árbitros, pues, a diferencia de otros foros de adjudicación, en derecho internacional no hay *stare decisis* en el ISDS (Schreuer, 2010). Esto, una vez más, da lugar a la posibilidad de que los razonamientos sobre las decisiones, como se sabe que es una característica clave del arbitraje de inversión y de cualquier proceso de administración de justicia, sean diversos y hasta, en ocasiones, disímiles, incluso si los hechos son similares o idénticos.

### C. Renegociación de los AII y nueva generación de tratados

Los Estados ya han considerado cómo sus instrumentos de arbitraje de inversión pueden alinearse con la agenda del cambio climático. En ese orden de ideas, han buscado la salida diplomática como la mejor forma de abordar esta cuestión. Así, es común que hayan acudido a mecanismos como la renegociación del lenguaje de AII ya suscritos o la preparación de nuevos tratados que sean más firmes respecto de cuestiones medioambientales.

En la negociación de los AII más recientes, los Estados han incorporado una mayor cantidad de disposiciones asociadas al medioambiente. Muchos de ellos han suscrito nuevos tratados, llamados también acuerdos de ‘última generación’, en los que desarrollan obligaciones y estándares más expresos en materia de medioambiente (Spears, 2010). En el texto puntual de estos tratados, la referencia a cuestiones como el medioambiente se puede ver de distintas formas.

Una de las modalidades en la que se puede apreciar que estos cambios han tenido efecto es, por ejemplo, en referencias generales a la relevancia del ‘desarrollo sostenible’, el ‘interés público’, el ‘medioambiente’, y otros conceptos similares. Esta es una cuestión que suele tratarse en los acápites introductorios de los AII, como sus objetivos y preámbulos. Por ejemplo, en el preámbulo del AII entre Australia y Chile (2008) se indica la relevancia de implementar el acuerdo según el desarrollo sostenible y la protección y conservación del medioambiente.

Según la doctrina, estos apartados tienen relevancia en la interpretación porque les indican a los árbitros las motivaciones de las partes para suscribir un AII (Hulme, 2016, pp. 1320-1322). Así, si el instrumento relevante contiene alusiones a puntos como la protección del medioambiente y la reduc-

ción del impacto del cambio climático, los árbitros tendrían mayor flexibilidad para aplicar normas relevantes para ambos ámbitos (Giest, 2018, p. 338; Martini, 2017, p. 559). Esto sería, cuando menos, un avance respecto de las limitaciones indicadas en la subsección anterior.

En otros casos, la referencia es todavía más explícita. A manera de ejemplo, hay cláusulas que obligan a los Estados a no disminuir sus estándares de protección en materia medioambiental con el objetivo de atraer a inversionistas extranjeros. Este es el caso del AIJ entre Bélgica/Luxemburgo y Serbia (2004) que indica que ambas partes reconocen que es inapropiado incentivar la inversión extranjera a través de la reducción de las medidas nacionales de salud, seguridad y medioambiente.

En otras disposiciones, se les solicita a los inversionistas desarrollar sus actividades de una manera que sea responsable con las leyes nacionales de protección ambiental o con unos deberes mínimos de debida diligencia. También se han incluido excepciones, según las cuales una medida del Estado que podría dar lugar a una violación de un estándar de protección del AIJ estaría justificada si persigue la protección del medioambiente. Este es el caso, por ejemplo, del AIJ Modelo de Canadá y Estados Unidos (2004).

En algunos casos, incluso, se ha excluido completamente de la noción de ‘inversión’ o ‘inversión protegida’ una iniciativa que no cumpla con ciertas expectativas medioambientales. Este podría ser el caso de disposiciones que excluyen ciertos tipos de proyectos en particular, como combustibles fósiles. En línea con lo anterior, también podrían excluirse inversiones que sean contrarias a la regulación ambiental del Estado receptor (*Cortec Mining Kenya Limited c. República de Kenya*, 2018).

En otros casos, los Estados también han optado por renegociar AIJ de generaciones precedentes, para adaptarlos a nuevas consideraciones (Meyer & Park, 2018, p. 20). Esto es diferente de los tratados de nueva generación porque se trata de acuerdos que ya estaban vigentes, pero que, en vista de las consideraciones mencionadas, son reajustados.

Un caso de particular interés es el proceso de revisión del Tratado de la Carta de la Energía (en adelante, TCE), en particular porque ya son varias las disputas en materia de transición energética que involucran este instrumento. Como consecuencia de esto, las partes del tratado se pusieron como meta la revisión del acuerdo, para lo cual se estableció una lista de puntos a ser discutidos. Este proceso cuenta tanto con la participación de partes privadas como públicas. Entre los temas más

relevantes de esta discusión, está la exclusión total de protecciones para inversiones en combustibles fósiles.

#### D. Balance entre riesgo regulatorio y riesgo financiero

Hasta este punto, se ha expuesto la relación entre ISDS y cambio climático en términos de nuevas potenciales disputas, las principales causas del conflicto y los nuevos AIJ. En esta subsección, se discutirá el balance entre los intereses, públicos y privados, de ambas partes involucradas en estos casos, con miras a enfocar la investigación en puntos necesarios para balancear ambos lados de la ecuación.

Los inversionistas muchas veces llegan a un Estado por programas regulatorios que incentivan la actividad económica a través de, por ejemplo, beneficios fiscales o ventajas regulatorias similares. Sin embargo, una vez que han desplegado su actividad y han invertido unos recursos, podrían encontrarse en una situación de ‘rehenes’ o, como lo ponen algunos autores, en una ‘jaula de oro’ (Kolo, 2004, p. 481).

En la COP 26, varios Estados se comprometieron a eliminar la energía basada en carbón. Esto supone la gran posibilidad de que, en el futuro, existan arbitrajes en los que se discutan medidas como la terminación anticipada de una licencia para la operación de plantas eléctricas alimentadas con carbón o combustibles fósiles. Si estos fueron los compromisos del Estado, ¿qué les depara el futuro a los inversionistas en estos sectores?

Como se indicaba antes en la sección II.B *supra*, los AIJ responden a esta situación a través de una serie de derechos y protecciones que permiten exigirle una compensación al Estado que los incumple. Esta solución parecería, *prima facie*, una forma de balancear los poderes exorbitantes del Estado con los intereses del inversionista. No obstante, el derecho a acudir al ISDS no es *per se* una ventaja para el inversionista extranjero, pues lo que este quiere, por regla general, es poder desarrollar su proyecto.

El gran problema aquí, entonces, es que el inversionista no tenga mucho que hacer frente al riesgo regulatorio que sea distinto a la alternativa de iniciar un conflicto y gastar recursos para litigarlo. Como lo indica la doctrina, iniciar y llevar un arbitraje de inversión puede ser desgastante *in extremis* para un inversionista, pues los costos de entrada al sistema y supervivencia en el mismo, tanto en tiempo como en dinero, son significativos (Bjorklund, 2009; Dupont *et al.*, 2016). Sin embar-



go, ante la falta de alternativas, esta es la única opción que tendría el inversionista cuyos derechos son afectados.

La primera y más importante pérdida que sufre el inversionista, además de costear el arbitraje, es su inversión misma. Así, como lo han anticipado varios autores, los ajustes regulatorios propios de las políticas de cambio climático implican un importante componente de inversión financiera y de pérdida de valor, tanto por parte de Estados, como de inversionistas (Smil, 2016). Sin embargo, una transición tan drástica, por ejemplo, de una actividad con emisiones altas a cero emisiones supone un nivel de variabilidad extremadamente elevado, por lo que la nueva realidad implicaría inevitablemente riesgos altos y rendimientos bajos o nulos para estos inversionistas.

Adicionalmente, algo a destacar en estas industrias es que, muchas veces, los proyectos aquí desarrollados exigen de los inversionistas invertir una cantidad significativa de fondos bajo la promesa de recibir utilidades sólo a largo plazo. En ese orden de ideas, dado que estos proyectos no podrían mantenerse en el mediano ni largo plazo, el escenario al que se enfrentarían, a no ser que el Estado les ofreciera una alternativa distinta, sería una pérdida inminente de sus inversiones.

¿Cómo se puede mitigar esta situación? Algunos autores han hablado del concepto de 'riesgo regulatorio amplificado'. Esto, en pocas palabras, quiere decir que, si los Estados no atienden pronto las problemáticas del cambio climático, las medidas regulatorias futuras tienden a recrudecerse e impactarlos más fuertemente. Según la Financial Stability Board (2020), una de las industrias en las que esto puede ocurrir en vista de la agenda climática es en el mercado de las compañías energéticas con uso elevado de carbón y fuentes similares (pp. 12-16).

El principal vector del riesgo amplificado es el tiempo. Así, en la medida que los reguladores dilatan la implementación de políticas de cambio climático, las modificaciones más adelante serán más abruptas. Esto impide que ocurra una verdadera 'transición' hacia, por ejemplo, las energías limpias y las políticas medioambientalmente responsables. Podría decirse que, para prevenir esto, los Estados deberían contemplar medidas como ofrecer oportunamente compensaciones justas o darle a estos inversionistas alternativas económicas viables y sustitutivas.

Sin embargo, un punto crítico es que, muchas veces, los inversionistas de estos sectores no tienen forma de diversificar su flujo de ingresos o su ac-

tividad de negocios. En la mayoría de los casos, la valuación de estas compañías depende, en gran medida, de que puedan explotar la capacidad completa de sus fuentes de combustibles fósiles (Caldecott, 2018). No obstante, teniendo en cuenta los objetivos de reducción de emisiones que deben cumplirse para tener un verdadero impacto en el cambio climático, este escenario de explotación total es impracticable.

En ese orden de ideas, parece que este riesgo se puede materializar en litigio y costos de responsabilidad asociados con inversiones y negocios altamente sensibles en materia ambiental. En ese mismo sentido, el 'litigio sobre cambio climático' se ha convertido en un fenómeno de vital relevancia para estas discusiones. Según lo ha definido el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante, UNEP), este se refiere a casos en los que se discuten aspectos materiales de hecho o de derecho relacionados con la mitigación del cambio climático (Burger & Metzger, 2020).

Nada más a mediados de 2020, había 1 550 casos de litigio climático en 38 países del mundo, lo que sugería un aumento de 884 casos desde 2017 y más de veinticuatro nuevos Estados involucrados (Burger & Metzger, 2020). Ante la realidad estudiada en este apartado del artículo, parece que esta cifra incrementaría y, en particular, que a ella se sumarían reclamaciones en el contexto del ISDS. Es en ese escenario que las consideraciones de la sección siguiente de este escrito cobran la mayor relevancia, pues se refieren a la posibilidad de armonizar arbitraje de inversión y políticas de cambio climático.

#### IV. IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO

Por regla general, los Estados y otros actores del debate ambiental han optado por no referirse específicamente al arbitraje en instrumentos como el Acuerdo de París y sus distintos instrumentos complementarios. De hecho, el arbitraje, y específicamente el ISDS, son temas que no se han tratado puntualmente en las COPs. Más bien, estas disputas se han resuelto a través de vías diplomáticas y otro tipo de canales de resolución de controversias.

De acuerdo con el artículo 24 del Acuerdo de París, las controversias surgidas del mismo se resolverán siguiendo lo indicado en el artículo 14 de la CMNUCC. Según el primer numeral de esta disposición, dichos pleitos se resolverán, en primera medida, a través de negociación u otra fórmula de arreglo amistoso. De no ser esto posible, los artículos 14(2)(a) y (b) indican que las partes podrán acu-

dir ante la Corte Internacional de Justicia o iniciar un arbitraje (2016).

Esto muestra que, a pesar de no tener un rol protagónico en las discusiones, el arbitraje aparece en el panorama normativo del cambio climático. De hecho, como lo sostiene este artículo, el ISDS puede tener un importante rol en la realización de los objetivos de la lucha contra el cambio climático o en su obstaculización. En particular, este escrito sostiene que el ISDS, como herramienta de las partes para resolver disputas, puede alcanzar ambos objetivos dependiendo de cómo sea usado por los actores relevantes.

A la fecha, como se mostró en las secciones anteriores, el ISDS ha aparecido como antagonista de las políticas regulatorias para proteger el medioambiente. Esta narrativa, además de algunos antecedentes reales de la práctica que podrían soportar dicha premisa, también ha sido promovida por ciertos actores específicos en la academia y la esfera pública. Sin embargo, este artículo mostrará que, si las herramientas del arbitraje de inversión se enfocan de la manera correcta, podrían favorecer la promoción de esta agenda.

En particular, se considerarán tres aristas del ISDS que resultan pertinentes para las políticas de cambio climático: (i) la creación de una conciencia medioambiental en la comunidad arbitral; (ii) el aprovechamiento de las características del arbitraje de inversión como mecanismo de solución de disputas; y (iii) la interpretación de cuestiones jurídicas propias del ISDS desde los lentes del medioambiente.

Para atender a los puntos específicos de esta sección, me parece relevante mencionar que gran parte de los mismos provienen de la conferencia de Wendy Miles, abogada y practicante activa de la comunidad de arbitraje internacional, para el Chartered Institute of Arbitrators (en adelante, CI Arb). En específico, esta referencia es central porque, en dicha presentación, Miles se refiere a varios puntos sobre el rol del arbitraje en las políticas de cambio climático (2021).

#### A. Poner el tema del cambio climático sobre la mesa del ISDS

El primer punto al que se refiere Miles, y que además se comparte en este escrito, es el más sencillo de todos: es necesario hablar el lenguaje del cambio climático en ISDS. Esta subsección describirá, de forma más detallada, a qué se refiere este asunto. No obstante, cabe decir, *in limine*, que para integrar al arbitraje de inversión con el cambio climático es necesario que, como ha ocu-

rrido en otras esferas, los actores más relevantes del sistema pongan este tema sobre la mesa. La pregunta, entonces, es ¿cómo puede ocurrir esta transformación?

Las medidas adoptadas en otros ámbitos pueden orientar esta discusión. Durante la COP 26, por ejemplo, las Normas Internacionales de Información Financiera (en adelante, IFRS) anunciaron la conformación de una Junta de Normas Internacionales de Sostenibilidad (en adelante, ISSB).

Según lo define la propia IFRS (2021), este instrumento persigue evaluar los riesgos y oportunidades de las empresas ante problemáticas de tipo ambiental, social y de gobernanza, y recoge el interés creciente durante los últimos años en materia de responsabilidad corporativa. Entre las características específicas de la ISSB estará, al parecer, exigir a los clientes reportes sobre medioambiente y sostenibilidad, a efectos de determinar si estas prácticas están o no alineadas con los propios compromisos climáticos de las entidades financieras.

Este tipo de iniciativas hacen imperativa la pregunta: ¿cuál es el rol de la comunidad de arbitraje internacional en el cambio climático? En tiempo reciente, ya han aparecido algunas iniciativas con este objetivo. Entre ellas, se destaca el *Green Pledge*, que consiste en una campaña enfocada en administrar los procedimientos arbitrales de manera amigable con el medioambiente, así como en gestionar las firmas de abogados a través de políticas orientadas a reducir la huella de carbono en estas organizaciones.

Como este, hay otros proyectos promovidos por los practicantes del arbitraje internacional de inversión, de los cuales se resaltan las iniciativas institucionales. A manera de ejemplo, grandes centros arbitrales como el CIADI ya han puesto en marcha reformas sustanciales con una conciencia ambiental. A esto se le podría llamar ‘campañas verdes’, pues buscan reducir el impacto medioambiental de la actividad jurídica, en particular, en ISDS.

Así, el CIADI recientemente publicó una quinta reforma a sus Reglas de Arbitraje, que entró en vigor en julio de este año. Entre sus modificaciones, están el uso extendido de expedientes electrónicos y audiencias virtuales (Reglas de Arbitraje del CIADI, 2022). Este tipo de medidas buscan, por ejemplo, reducir la huella ambiental de actividades poco amigables con el medioambiente, como el uso excesivo de papel o los viajes para atender audiencias y eventos similares.

Medidas como estas vienen teniendo gran acogida en otras jurisdicciones y son comunes también en

varias empresas del sector privado, incluidas las firmas de abogados, por razones diversas como el cumplimiento normativo, la responsabilidad corporativa o incluso las ventajas estratégicas que puede representar tener una actitud más amigable con el medioambiente (Currin, 2012, p. 46).

Todas estas políticas demuestran, cuando menos, un interés de la comunidad arbitral por sumarse a la lucha contra la problemática ambiental. Ahora bien, la discusión sobre su efectividad es un problema distinto, pues lamentablemente la doctrina ya ha dicho que este tipo de actuaciones resultarán inocuas si no van aparejadas de grandes voluntades políticas para afectar las verdaderas causas nodales del cambio climático (Thøgersen & Crompton, 2009, p. 52).

Sin perjuicio de lo anterior, más allá de tener un impacto concreto en el fenómeno global del cambio climático, estas medidas son relevantes por otros motivos. De una parte, se suman a lo que podría llamarse la 'conciencia ambiental'. Si bien autores como Krause han establecido que es difícil definir este concepto (1993, p. 129), para efectos de este artículo, podría decirse que es el hecho de que las personas reconozcan el problema del cambio climático y se preocupen o esfuercen por combatirlo.

De otra parte, en el núcleo mismo del ISDS, esto cumple con una labor fundamental de educar a los usuarios del sistema, a saber, abogados, partes, árbitros, entre otros. De lo contrario, es probable que muchos de estos miembros de la comunidad del arbitraje de inversión no conocieran estos problemas, no los vieran como un punto tan relevante de la práctica o no hicieran nada por abordarlos. Así, tomar pequeñas medidas puede contribuir a traer el tema a la mesa.

Además de las iniciativas mencionadas, este es un asunto relevante porque las bases de un cambio real y de fondo desde el arbitraje de inversión implica muchos más factores. Como lo ha indicado Miles, esto también implica que los apoderados de parte trabajen con sus clientes, tanto Estados como inversionistas, para que los argumentos relacionados con la problemática ambiental sean presentados a los tribunales arbitrales (2021).

Como se decía antes, los árbitros en casos de inversión tienen facultades limitadas en materia de ley aplicable y suelen ser renuentes a incluir en su estudio de un caso figuras exógenas al lenguaje del tratado mismo, como instrumentos o consideraciones sobre derecho ambiental. Si esto continúa así, será cada vez menos probable que el debate de cambio climático entre por las puertas del ISDS,

donde por la naturaleza de estas disputas se debaten muchas veces cuestiones de fondo que tocan el centro mismo del interés público.

Sin embargo, si estos argumentos son presentados por las partes, los árbitros tendrán una mayor motivación para pronunciarse sobre ellos. De hecho, podría incluso defenderse una posición más radical, en la que, si temas e instrumentos de la agenda climática fueran presentados expresamente por las partes, los adjudicadores tendrían el deber de resolver de fondo sobre los mismos.

Al respecto, la doctrina ha enfatizado que los árbitros tienen la obligación de pronunciarse sobre las alegaciones de las partes (Gaillard, 1999), por lo que les resultaría más difícil obviar estos temas o evadirlos si estos son traídos a la mesa por las propias partes. En últimas, en una circunstancia así, como lo dice Miles, será decisión única de cada árbitro y cada apoderado elegir qué argumentos presentan y cómo lo hacen, de manera que estos temas puedan traerse al debate (2021).

A su vez, los peritos también tienen un importante rol en estos casos. En inversiones asociadas con industrias y activos estratégicos, como el carbón, son estos expertos quienes cuantifican el valor de dichas inversiones y quienes pueden determinar si esto se afecta o no por los compromisos medioambientales (Miles, 2021). De entrada, parecería que la realidad económica descrita en un apartado anterior, y que supone en sí misma la agenda sobre el cambio climático, afectaría la valoración financiera de estos proyectos.

Ahora bien, Miles (2021) dice que estos no son 'cambios radicales'. Lo único que se propone, a su decir, es que los actores del ISDS sean 'conscientes' de cómo sus decisiones afectan esta transición. Por el contrario, el presente escrito considera que, lamentablemente, sí puede tratarse de cambios radicales. Bien sea porque realmente lo sean o porque las partes afectadas por ellos los perciban así, es probable que una modificación tan drástica en las reglas del juego no pueda implementarse tan fácilmente en la práctica.

La teoría de la agencia ha demostrado que, en varios escenarios, sea o no deseable esta realidad, las partes van a favorecer sus propios intereses sobre los de terceros o incluso sobre una idea altruista (Shapiro, 2005, p. 264). Además, este deseo de privilegiar los intereses propios se ve incrementado en contextos litigiosos, donde la relación cliente-abogado hace que sea inevitable para los apoderados elegir la teoría del caso que ponga en una mejor posición a su representado (Taruffo, 2010).

Esto se extiende mucho más allá de los apoderados de parte. Por ejemplo, bajo la teoría arbitral y muchos reglamentos, se supone que los peritos tienen la labor de asistir, en primer lugar, al tribunal antes que a las partes (Swinehart, 2017, p. 307). Sin embargo, varios han afirmado que, tratándose de un mercado competitivo en el que las partes seleccionan a sus expertos, hay otros factores que inciden en sus decisiones, como la posibilidad de ser contratados nuevamente según su desempeño (Hodgson & Stewart, 2018, p. 3). ¿Qué incentivos tienen entonces los actores del ISDS para volcarse sobre estos asuntos?

Aunque el panorama parece trágico, este es, en últimas, el objetivo mismo de un proceso adversarial: dos o más partes compiten entre sí por persuadir al adjudicador de su ‘teoría del caso’ o versión de la historia (Menjura Cuervo, 2022, p. 12). Y, para lograr este objetivo, se valen de sus mejores argumentos, teniendo como criterio primordial los intereses de su cliente antes que factores externos (Voss, 2005). Es más, de no hacerlo, estarían incumpliendo, en muchas ocasiones, sus deberes éticos y profesionales, que les indican que deben actuar de esta manera.

Igualmente, hay un importante interés económico y reputacional en juego en estas decisiones. Si los apoderados deciden adoptar una teoría alineada con la conciencia medioambiental y por ello obtienen resultados desfavorables, afectarán su reputación en el mercado. Lo propio se extiende a los peritos y, por extender un poco más esta cadena, a los árbitros. En la sección III.B *supra* ya se explicó con detalle cómo la estructura del ISDS está hecha para que los adjudicadores, al decidir estas disputas, tomen ciertos caminos y eviten otros.

Por supuesto, nada de esto quiere decir que los actores del ISDS sean malintencionados o que no tengan una conciencia medioambiental. Todas las iniciativas que se han promovido para contribuir a mitigar el cambio climático, y que se mencionaron al inicio de esta subsección, demuestran lo contrario. Esto sólo quiere decir que, tanto apoderados de parte, como peritos y árbitros, son personas y, como tal, deciden ponderando sus deberes profesionales y sus intereses personales.

¿Cuál es entonces la raíz del cambio? Este apartado del escrito ha desarrollado, con cierto pesimismo, la idea de que hay muchas barreras para traer el tema del cambio climático a la mesa del ISDS. No obstante, hay que resaltar que, a medida que cambie el sustrato del sistema, podrán cambiar el sistema mismo y sus actores, es decir, si se renegocian los AIJ, incluyendo, por ejemplo, obligaciones medioambientales, será inevitable que estos deba-

tes aparezcan en la solución de disputas. Y, si bien este no ha sido el caso hasta la fecha, es casi seguro que esta realidad cambiará en el futuro.

En todo caso, es valioso destacar el llamado de Miles a actuar con valentía y ser ciudadanos, padres, abogados, árbitros e instituciones ‘activas’ respecto del cambio climático (2021). Y, como lo hace la propia Miles, este artículo resalta que dicho cambio se refiere a ser ‘activos’ y no (necesariamente) ‘activistas’. Esto es, no es necesario que, por ejemplo, los árbitros excedan sus facultades y desvíen sus decisiones sobre la ley aplicable para demostrar su empatía con la crisis del medioambiente. Sin embargo, mientras llegan ciertos cambios de fondo al sistema, la comunidad puede promover la transformación de otras maneras.

Si, por ejemplo, una de las grandes causas de la brecha entre el ISDS y el medioambiente es una cultura jurídica ajena a estos temas, una medida inmediata es, precisamente, promover estos debates. La academia es un gran espacio para hacerlo, a través de discusiones en productos como este artículo. Igualmente, las instituciones pueden impulsar, como ya lo han hecho, grupos de trabajo sobre estos temas, conferencias, programas de capacitación, entre otros.

Lo que esta sección quiere decir no es que debamos resignarnos a la tragedia de que el arbitraje de inversión no pueda incluir, de frente, la problemática. Por el contrario, la intensidad con la que estos temas se han movilizad en la agenda global abre una ventana para traer los debates al ISDS. Así, las subsecciones siguientes se enfocarán en mostrar formas específicas y tangibles en las que el arbitraje de inversión puede contribuir, de manera progresiva, a implementar las políticas de cambio climático.

## B. Idoneidad del ISDS para resolver estas disputas

Algunos autores afirman que el ISDS ha sido abusado por los inversionistas para sacar provecho de los Estados (Cervantes, 2021). Igualmente, hay quienes, en la teoría reciente, argumentan que el arbitraje de inversión causa un ‘efecto de enfriamiento’ (*chilling effect*) en los Estados (Bonnitcha, 2011). Esto quiere decir que las autoridades domésticas flexibilizan sus estándares regulatorios para favorecer a los inversionistas y, sobre todo, prevenir reclamos de inversión.

Esta es una consideración de particular importancia en materias medioambientales, donde la regulación es particularmente exigente y sensible, dado el interés público involucrado. Un ejemplo de

esto es el caso de ciertas restricciones mineras que fueron impuestas por el Gobierno en Ghana a un proyecto extractivo debido a que el área afectada era una reserva forestal, las cuales, luego de una amenaza de arbitraje de inversión por parte del inversionista, fueron levantadas por las autoridades domésticas (Tienhaara, 2006).

Este tipo de visiones han llevado a muchos a pensar la relación entre arbitraje de inversión y medioambiente de manera antagónica (Tienhaara, 2009). Sin embargo, vistos desde cierta perspectiva, como la que pretende compartir este artículo, estos dos intereses pueden ser complementarios. Sin duda, esto no quiere decir que sean perfectamente compatibles o que, por ejemplo, el ISDS no requiera quizás reformas que lo hagan más susceptible a los valores que muchas veces están en el centro de las discusiones sobre interés público y medioambiente (Harms, 2021, p. 481).

De una parte, el arbitraje de inversión resulta ser una herramienta de mucha importancia para defender los intereses de los inversionistas en estas disputas. A diferencia de lo que ocurría antes del *boom* del ISDS, en los arbitrajes de inversión los inversionistas enfrentan una mejor situación para litigar sus disputas que la que tendrían que encarar ante las cortes domésticas. Esto es precisamente lo que la doctrina ha denominado la 'despolitización' de la solución de controversias, que muchas veces se indica como la principal ventaja y el objetivo central del arbitraje de inversión (Jandhyala, 2020, p. 651 y ss.).

Adicionalmente, los AII representan más ventajas para los inversionistas que las regulaciones domésticas. En algunos casos, las normas nacionales pueden darle una mayor capacidad regulatoria al Estado, permitiendo, por ejemplo, que sus autoridades realicen expropiaciones bajo estándares de compensación más bajos. Sin embargo, en la mayoría de los AII, el lenguaje de las protecciones suele ser favorable al inversionista. Este es el caso, por ejemplo, del estándar sobre expropiación, que indica que el inversionista no podrá ser expropiado sin recibir a cambio una compensación justa, razonable y proporcional (Schachter, 1984).

¿Qué quiere decir esto a la luz de la discusión sobre cambio climático? Es claro que, si bien los Estados deben implementar medidas para combatir el daño ambiental, esto no va a hacer que desaparezca el sector privado ni sus intereses. Precisamente, es el conflicto entre ambas partes lo que ocupará, en gran medida, el centro de atención de estas reformas, tal y como se dijo en la sección III.D *supra*. Entonces, es necesario tener presente que, si se adoptan programas que pongan en riesgo el inte-

rés de los inversionistas, lo más probable es que estos reaccionen. Y, con seguridad, un foro común de dichas disputas será el arbitraje de inversión.

En ese orden de ideas, lo mejor sería entender las ventajas y retos que supone el arbitraje de inversión para estos asuntos. De hecho, un aspecto fundamental de este ejercicio es mostrar también cómo el ISDS también favorece a los Estados. Esta es una idea que ya se ha planteado, pero que se ha centrado en discutir cómo los instrumentos de protección de la inversión extranjera, como los AII, pueden generar un crecimiento en la economía del país (Fry, 2011). Este artículo, sin embargo, se aparta de este enfoque y busca repensar el lugar del arbitraje como método alternativo del Estado para solucionar sus disputas.

Como lo señalan varios autores, y aunque suele pasarse por alto este hecho, el arbitraje es uno de los métodos alternativos de solución de disputas (Mattli, 2003, p. 920; Wang, 2000, pp. 192-193). Si bien algunos autores lo califican hoy como un mecanismo similar al litigio, pues pareciera que en el fondo es otro foro contencioso (Blake *et al.*, 2016), es fundamental resaltar su valor como solución alternativa a una disputa convencional. De hecho, las mismas razones que desincentivan a las partes a someterse al ISDS pueden servir para que adopten medidas que, en últimas, resulten en un compromiso mutuo.

En diplomacia, un criterio de negociación es que ambas partes hagan concesiones hasta que resulten 'igualmente infelices' o *equally unhappy* (Pouliot, 2011, p. 553). Aunque este criterio no suena ideal, es un mecanismo válido, y muchas veces más eficaz, para lograr un acuerdo definitivo. Este artículo sostiene que, bajo la misma perspectiva, el ISDS puede, de hecho, ayudar a que las partes alcancen un resultado satisfactorio que ponga fin a sus desacuerdos, al quedar igualmente insatisfechas.

Por una parte, así como las disputas de inversión pueden suponer presiones estatales al punto de impactar negativamente cierto ejercicio regulatorio, también pueden favorecer la resolución de otras controversias. Como lo señalan varios autores, el arbitraje de inversión supone un riesgo para ambas partes en términos de costos y tiempos (Hodgson, 2015), lo que muchas veces las previene de adoptar medidas que las puedan poner en estas circunstancias por el desgaste que implican (Bjorklund, 2009; Dupont *et al.*, 2016).

Como se vio antes, para los Estados, las presiones de un inversionista de iniciar un arbitraje de inversión y los costos de este pueden significar la

pérdida de capacidad regulatoria. Por ejemplo, los temores inspirados en los riesgos que inducen estos hechos pueden llevar a la flexibilización de normas para proteger el medioambiente. Sin embargo, este artículo sostiene que el contexto hoy es distinto, pues la presión no viene solo de los inversionistas, sino que, en caso de no apoyar las políticas contra el cambio climático, el Estado podría recibir presiones iguales o peores de la comunidad internacional y de su propia ciudadanía (Harrison & Sundstrom, 2007).

De una parte, estas presiones pueden llevar al Estado a privilegiar las medidas regulatorias para proteger el medioambiente por encima de las amenazas de un inversionista. De otra parte, sin embargo, el mismo desincentivo también puede afectar a los inversionistas, quienes, ante la certeza o la alta probabilidad de que el Estado afecte ciertas inversiones, así como el contexto político favorable a este tipo de medidas, deben ponderar si se someten a un proceso arbitral o buscan maneras distintas y más eficientes de trazar sus disputas.

Esta actitud abierta a la negociación y el cambio ya se ve en ciertas iniciativas del sector privado. A manera de ejemplo, varias compañías ya han incorporado buenas prácticas de gobierno corporativo en materia medioambiental, incluso como resultado de una presión del mercado en esta dirección (Lyon & Maxwell, 2008, pp. 243-245). En últimas, al decidir entre perder una inversión y pagar los costos de un arbitraje versus buscar acuerdos con los Estados, los inversionistas deben seleccionar la salida más eficiente.

Así pues, la amenaza del ISDS puede facilitar la disposición de ambas partes para resolver sus controversias de forma amistosa. Particularmente, este puede ser el caso en proyectos de larga duración o relaciones estables entre las partes, donde el Estado y el inversionista necesitan mantener sus acuerdos comerciales a pesar de tener disputas. Al respecto, es fundamental resaltar que, muchas veces, el Estado también necesitará del sector privado para realizar una transición energética correcta, por lo que su interés, más que crear un ambiente contencioso, será buscar la manera de cooperar con estos actores del mercado.

Hay otras áreas del ISDS en las que esta pregunta resulta todavía más interesante. Por una parte, si bien este artículo indicó que no se enfocará en este tema, una cuestión inevitable son las demandas reconventionales por daño ambiental, sobre las que vale la pena hacer un breve comentario. A la fecha, sólo una minoría de estos reclamos ha prosperado en arbitrajes de inversión (Hoffman, 2013). Sin embargo, el precedente en los casos Pe-

renco y Burlington, mantiene en pie la discusión sobre la posibilidad de concretar estos reclamos (Kendra, 2013).

Más aún, esto puede cambiar en contextos con mayor conciencia de los temas medioambientales y, sobre todo, si los textos de los AII de nueva generación son más permisivos al respecto. En dicho escenario, el ISDS podría incluso convertirse en un foro donde los Estados pudieran reclamar una compensación por afectaciones al medioambiente, lo que, como sostienen algunos autores, podría ser una gran victoria en el plano internacional (Shao, 2021).

Por otra parte, hay quienes han discutido la posibilidad de usar el arbitraje de inversión para traer reclamos sobre violación de derechos humanos. En el plano específico del cambio climático, esto puede incluir a importantes actores como los refugiados climáticos, quienes ya son víctimas directas de este fenómeno y están buscando ser reparados (Vadi, 2015).

Recientemente, un grupo de refugiados climáticos de Kiribati acudió ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para elevar un reclamo de este tipo. Sin embargo, este caso demostró que el margen de acción del Comité es bastante limitado, en particular en materia de reparación del daño, pues estas competencias exceden su alcance (Lyons, 2020).

Al contrario, el ISDS podría ofrecer una salida drásticamente distinta para estas personas. En la medida que una de las mayores ventajas del sistema es exigir una compensación por perjuicios sufridos, el arbitraje de inversión solucionaría estas limitaciones (Vadi, 2015). Si bien se trata de una transformación significativa al sistema, este sería un importante punto de contacto entre el ISDS y el cambio climático que valdría la pena investigar con más detalle.

### C. Reinterpretación de los asuntos jurídicos en el ISDS

Ahora bien, el ISDS no sólo es valioso para implementar políticas de cambio climático por su 'efecto disuasivo'. Hay formas en las que, a través de una intervención activa, el arbitraje de inversión también puede contribuir a este objetivo. En particular, si los actores del ISDS se abren a la posibilidad de reinterpretar las cuestiones jurídicas de estas disputas desde un punto de vista medioambiental, pueden causar un impacto significativo. Miles se refiere a esto como la búsqueda de un pensamiento más 'creativo' respecto de las interacciones entre el arbitraje y otros sistemas, como el derecho

internacional público y la jurisprudencia de las cortes domésticas (2021).

Pero ¿debe (o puede incluso) un tribunal de inversión ser creativo? Ya vimos antes en la sección III.B *supra* que los árbitros, incluso los abogados y los peritos, son aversos a esto (y, muchas veces, con justa causa). El ISDS es, sin duda, un sistema que se opone a la tan problemática figura del ‘juez activista’ desarrollada en sistemas domésticos, en particular en temas de derecho constitucional (Maraniello, 2012). Sin embargo, este artículo sostiene que los actores del sistema pueden, si caminan con cuidado y tienen suficiente filigrana en sus debates jurídicos, transitar estas líneas sin incurrir necesariamente en un exceso de sus facultades o en argumentos inapropiados.

Lo primero que debe señalarse aquí es que no toda aplicación de un derecho distinto del contenido en el AII es un exceso de facultades del tribunal arbitral. Es más, podría ser el caso que no aplicar estas normas, cuando fueren relevantes o útiles para resolver la disputa, resulte en un ejercicio incompleto (Simma, 2011). Al respecto, las mismas fuentes inmediatas de interpretación justifican estas medidas. Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio CIADI incluye entre sus fuentes el derecho internacional, que se compone, a su vez, de algunas normas medioambientales.

Por otra parte, ha sido amplia la doctrina que ha cuestionado la fragmentación entre el ISDS y el derecho internacional público (Dupuy, 2009). Algunos autores incluso han demostrado cómo algunos tribunales han aplicado convenientemente ciertas normas de este sistema, mientras al mismo tiempo (quizás por temor o cierto sentido de ‘corrección política’) dejan de lado otras que son más ‘sensibles’ (Steininger, 2018). Este ha sido el caso, por ejemplo, de reglas sobre derechos humanos y medioambiente.

Este debate tampoco es nuevo en los casos de arbitraje de inversión. Por ejemplo, en el caso *Urbaser contra Argentina*, donde el Estado alegó que había adoptado medidas en el sector de servicios de saneamiento para respetar el derecho humano al agua, el tribunal reconoció que estos conceptos eran relevantes, aunque no se pronunció de fondo sobre los mismos (*Urbaser S.A. c. República de Argentina*, 2016).

De forma similar, en *Bear Creek contra Perú*, el tribunal, si bien desestimó más adelante los argumentos del Estado sobre este punto, reconoció que la realización de consultas previas con las comunidades locales era un principio que, aunque no estaba reconocido expresamente en la ley do-

méstica, correspondía a un deber del inversionista de conformidad con el derecho internacional (*Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 2017).

Por tanto, no podría decirse que se trate de un asunto relegado a los debates académicos o a la doctrina, sino que ya los propios árbitros han reconocido, cuando menos, que estos son asuntos que hay que tener en cuenta en la solución de dichas disputas y que no se pueden, simplemente, ‘barrer bajo la alfombra’. Lamentablemente, si bien estas son discusiones con cierta antigüedad, su impacto en la práctica no ha sido decisivo, pues la regla es que los tribunales reconocen la importancia de estos conceptos, pero no los aplican.

Ahora bien, algo que resalta este artículo es que una cosa son dichas decisiones hace unos años y otra muy distinta lo que puedan ser hoy y en los años subsiguientes. Como se ha reiterado, habrá que ver cómo evolucionan estas interpretaciones con los cambios políticos, sociales y económicos detrás del cambio climático. Al respecto, cabe resaltar que, por ejemplo, la interpretación jurídica en el derecho internacional tiene (y ha tenido) un aspecto eminentemente ‘evolutivo’, en particular en aspectos medioambientales, adaptándose a los cambios sociales a medida que estos transforman los procesos de toma de decisiones (Barral, 2012, pp. 382-383).

Además, debe anotarse que hay un número creciente de instrumentos y casos sobre aspectos de derecho ambiental, que lleva a pensar que se está desarrollando un *corpus* jurídico de estos saberes (Mayer, 2022). Con cada vez más materiales sobre estos asuntos, habrá que ver qué dirección toma el ISDS respecto de los mismos. Es probable, por ejemplo, que estos estándares se incorporen en nuevos instrumentos jurídicos como los AII, o que nuevas generaciones de árbitros, con una conciencia más contemporánea de la crisis climática, sean más propensos a considerarlos.

Este fue, precisamente, el caso de la interacción entre derechos humanos y medioambiente. Años atrás, en el caso *Biloune contra Ghana*, en el que el Estado elevó una alegación de derechos humanos ante el tribunal, los árbitros contestaron que podían revisar únicamente “disputas comerciales” (*Biloune & Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre & Gobierno de Ghana*, 1989). Por el contrario, en el reciente arbitraje *David Aven contra Costa Rica*, el tribunal reconoció que las inversiones deben desarrollarse de una manera que sea sensible respecto de preocupaciones medioambientales (*David R. Aven c. República de Costa Rica*, 2018).

Aunado a esto, apenas el pasado 28 de julio, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró que todas las personas del mundo tienen derecho a un medioambiente saludable. Es precisamente este tipo de transformaciones y avances en el sistema de derecho internacional los que llevan a pensar que no es disparatado proponer que, en unos años, estas reformas conduzcan a que se abra la puerta a reinterpretar, desde el ISDS, los hechos y el derecho desde una óptica sensible a la implementación de políticas de cambio climático.

En particular, aquí hay que resaltar un punto que también menciona Miles (2021) en su conferencia y que tiene que ver con lo que es hoy el arbitraje internacional desde el punto de vista de su desarrollo histórico. Según la doctrina, el arbitraje internacional, podría decirse en este caso que el ISDS, es ante todo un sistema flexible y autárquico (Shinazi, 2021). De hecho, esta flexibilidad es quizás una de las características que más se usa, tanto en la teoría como en la práctica, para describir el procedimiento arbitral y todo lo que lo rodea (Watson, 2017).

El llamado entonces en relación con el cambio climático es sacar ventaja de esa flexibilidad del sistema para repensarlo y, si es el caso, reformarlo en torno a una pluralidad de temas, por ejemplo, la relación entre capacidad regulatoria e intereses del inversionista en proyectos sensibles medioambientalmente, o la interacción entre empresa y derechos humanos en estas controversias (Mann, 2008). Recientemente, varias cortes domésticas han explorado con mayor profundidad estas cuestiones y el ISDS podría enriquecerse de la discusión.

Hay, cuando menos, dos casos hito que revisan estos temas en la jurisprudencia comparada más novedosa. De una parte, está el caso *Shell*, en el que la Corte del Distrito de La Haya le ordenó a esta compañía reducir sus niveles de emisiones de CO<sub>2</sub> sobre la base de un deber de cuidado implícito (*Friends of the Earth c. Royal Dutch Shell PLC*, 2021). Habría que preguntarse, por ejemplo, si este deber cubre a inversionistas extranjeros y si tendría algún lugar en un foro como el ISDS.

De otra parte, está la controversia de *Nevsun Resources* contra *Araya*, decidida por la Corte Suprema de Canadá. En este caso, la Corte estableció que la empresa no sólo tenía el deber de respetar los derechos humanos, sino de protegerlos (2020). A su vez, como el caso *Shell*, esto plantea un paralelo interesante con, por ejemplo, cláusulas de debida diligencia o deberes de los inversionistas en los AII de nueva generación.

Igualmente, en los últimos tiempos se han desarrollado nuevos conceptos y teorías que invitan a cambios de interpretación sobre instituciones jurídicas clásicas, muchas de ellas aplicables al ISDS. Recientemente, por ejemplo, un panel independiente de expertos, donde participó el profesor Philippe Sands, activo como árbitro en varios casos de ISDS, definió el concepto de 'ecocidio', que, si bien ya tiene un lugar en el derecho internacional y el derecho medioambiental, podría aparecer en el arbitraje de inversión.

Esto, nuevamente, invita a repensar la interacción entre distintos instrumentos de protección, pero también entre bienes e intereses jurídicos protegidos distintos, como pueden ser, entre otros, los derechos del inversionista extranjero, los derechos humanos y el medioambiente. Si bien todos ellos son críticos y merecen unas obligaciones de cuidado por parte del Estado y los actores del sector privado, la complejidad de estos casos viene dada por el choque entre unos y otros.

No cabe duda de que estos no son asuntos abstractos, lejanos al futuro próximo del ISDS. Hay ya medidas regulatorias que ponen estos asuntos en confrontación directa. A manera de ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas emitió recientemente unos hallazgos en los que consideraba, *inter alia*, que un total de 41 empresas relacionadas con actividades de carbón habían violado una serie de regulaciones domésticas en materia medioambiental (Farand, 2022).

De cualquier manera, estos tampoco son asuntos nuevos para el ISDS. De hecho, ya la doctrina ha mencionado que estos conceptos pueden superponerse, como cuando los inversionistas alegan que se les han violado sus derechos humanos (Reiner & Schreuer, 2009) o cuando un proyecto de inversión pone en riesgo el medioambiente. Es necesario reflexionar sobre esto, también, en el contexto de nuevos acuerdos de inversión que piden consistencia con acuerdos ambientales.

## V. CONCLUSIONES

En este artículo, se discutió, a grandes rasgos, la interacción entre el arbitraje de inversión y las políticas de cambio climático. Luego de presentar un breve contexto sobre la regulación principal en materia de cambio climático y el funcionamiento del ISDS, se mostró que, por las características particulares de la agenda global de transición energética, es altamente probable que con ocasión de la misma surjan diversas disputas de inversión.

Asimismo, se indicaron algunas de las causas principales por las que las consideraciones ambienta-



les no han logrado atravesar la membrana del ISDS. Y, posteriormente, se discutió cómo esto llevará, muy probablemente, a la renegociación de tratados de inversión. También se indicó que la tensión entre los dos sistemas hace necesario tener muy presente el balance entre las partes y los intereses públicos y privados.

Según este contexto, la separación entre arbitraje de inversión y cambio climático se puede romper por la vía diplomática, por ejemplo, con nuevos instrumentos de inversión. Pero también se puede difuminar con medidas regulatorias oportunas y proporcionales, que reduzcan el riesgo regulatorio de los inversionistas y les ofrezcan compensaciones o alternativas.

Y, en todo caso, queda la posibilidad de que el ISDS contribuya a implementar las políticas de cambio climático de manera activa. Al respecto, un primer paso, en un nivel simbólico y cultural, es crear conciencia en la comunidad arbitral sobre esta agenda y empezar a hacer cada vez más recurrentes estos temas, aunque no se trate de reformas radicales al sistema.

Adicionalmente, existe un mejor escenario en aprovechar las ventajas del arbitraje de inversión para, por ejemplo, incentivar tanto a Estados como a inversionistas a llegar a acuerdos amistosos y evitar mayores conflictos. De igual manera, el ISDS puede suponer interesantes alternativas para gestionar cuestiones como reclamos reconventionales por daño ambiental o perjuicios a víctimas del cambio climático.

Por último, un gran reto y una gran oportunidad para el arbitraje de inversión es que sus usuarios empiecen a repensar los asuntos jurídicos complejos de estos casos en un lenguaje nuevo. Sobre este punto, existen ya referentes interesantes tanto en el derecho internacional como en las decisiones domésticas que pueden guiar, al menos, el pensamiento creativo y sistemático de los adjudicadores.

Para muchos, no cabe duda ya de que las políticas de cambio climático llevarán a medidas que resulten en arbitrajes de inversión. Si bien hay un creciente interés por entender estas disputas y tratar de adentrarse en alguna ciencia predictiva sobre el futuro de las mismas, este artículo no buscaba ser un recuento extensivo de estos aspectos técnicos y especializados de la práctica del ISDS.

Por el contrario, la propuesta de la presente investigación fue, quizás desde una perspectiva más sociológica que jurídica, poner las bases del debate y plantear algunas reflexiones sobre lo que la nueva

agenda en materia de cambio climático podría significar para el ISDS. Y, en particular, pensar sobre el lugar que tiene (y podrá tener) el arbitraje de inversión en la implementación de estas políticas que, hoy por hoy, nos afectan a todos.

Sin duda, las discusiones presentadas aquí suponen apenas una mirada rápida a la problemática, por lo que valdrá la pena seguir explorando estos asuntos y, como dice este escrito, ‘traerlos a la mesa’. Algunos temas que podrían revisarse más son, entre otros, la importación de acuerdos, conceptos y estándares medioambientales a los casos de ISDS, los efectos de los nuevos AIJ en la adjudicación de estos casos y la reforma institucional al sistema de protección de inversiones. 📖

## REFERENCIAS

- Álvarez, G. M., & Kazeem, I. (2021). Measuring Public Participation in International Investment Treaty Law: A Study of the Latin American Extractive Industries. En G. M. Álvarez, M. R. Piché, & F. V. Sperandio (eds.), *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes* (pp. 2-25). Wolters Kluwer.
- Asteriti, A. (2012). Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years of Environmental Issues in NAFTA Investment Arbitrations. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 9(3), 1-21. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021180>
- Asteriti, A. (2015). Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. *The Journal of World Investment & Trade*, 16(2), 248-273. <https://doi.org/10.1163/22119000-01602002>
- Ayadi, F., Colak, I., Garip, I., & Bulbul, H. I. (septiembre de 2020). *Targets of Countries in Renewable Energy* [conferencia]. 2020 9th International Conference on Renewable Energy Research and Application (ICRERA), Glasgow, UK.
- Baltag, C., & Dautaj, Y. (2021). Promoting, Regulating, and Enforcing Human Rights Through International Investment Law and ISDS. *Fordham International Law Journal*, 45(1), 1-50.
- Barral, V. (2012). Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm. *European Journal of International Law*, 23(2), 377-400. <https://doi.org/10.1093/ejil/chs016>
- Bebbington, A., Abdulai, A.-G., Humphreys Bebbington, D., Hinfelaar, M., & Sanborn, C. (2018). *Governing Extractive Industries: Politics, Histo-*

- ries, Ideas. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198820932.001.0001>
- Bjorklund, A. K. (2009). The Emerging Civilization of Investment Arbitration. *Dickinson Law Review*, (113), 1269-1300.
- Blake, S. H., Browne, J., & Sime, S. (2016). *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford University Press.
- Bodansky, D. (1993). The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary. *Yale Journal of International Law*, (18), 451-558.
- Boisson de Chazournes, L. (2017). Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, (10), 371-399. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5296>
- Bonnitcha, J. (2011). Outline of a normative framework for evaluating interpretations of investment treaty protections. En C. Brown & K. Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 117-144). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139043809.011>
- Bos, K., & Gupta, J. (2019). Stranded assets and stranded resources: Implications for climate change mitigation and global sustainable development. *Energy Research & Social Science*, (56). <https://doi.org/10.1016/j.erss.2019.05.025>
- Burger, M., & Metzger, D. (2020). *Global Climate Litigation Report*. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Burnett, H., & Bret, L. A. (2017). *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford University Press.
- Caldecott, B. (2018). *Stranded Assets and the Environment: Risk, resilience and opportunity*. Southwestern Cengage Learning.
- Cervantes, A. (2021). La necesidad del diálogo entre la justicia constitucional y el arbitraje internacional de inversiones. *Con-texto*, (56), 101-135. <https://doi.org/10.18601/01236458.n56.06>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI] (2022). *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas. Edición 2022-1*. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics.1\\_Edition\\_SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_SPA.pdf)
- Clasmeier, M. (2017). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Wolters Kluwer.
- Currin, E. (2012). Businesses Going Green: An Analysis of the Factors that Motivate Firms to Adopt Environmentally Friendly Practices. *Bridges: A Journal of Student Research*, 6(6), 38-56.
- Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511581137>
- Dupont, C., Schultz, T., & Angin, M. (2016). Political Risk and Investment Arbitration: An Empirical Study. *Journal of International Dispute Settlement*, 7(1), 136-160. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv032>
- Dupuy, P. M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. En P. M. Dupuy, E. U. Petersmann, & F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 45-62). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0002>
- Farand, C. (10 de mayo de 2022). Philippines inquiry finds polluters liable for rights violations, urging litigation. *Climate Home News*. <https://www.climatechangenews.com/2022/05/10/philippines-inquiry-finds-polluters-liable-for-rights-violations-urging-litigation#:~:text=Philippines%20inquiry%20finds%20polluters%20liable%20for%20rights%20violations%2C%20urging%20litigation,Published%20on%2010&text=An%20inquiry%20by%20a%20human,as%20a%20human%20right%20issue>
- Financial Stability Board (2020). *The Implications of Climate Change for Financial Stability*. <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P231120.pdf>
- Fry, J. (2011). Arbitration and Promotion of Economic Growth and Investment. *European Journal of Law Reform*, (13), 388-396.
- Gaillard, E. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

- Giest, A. (2018). Interpreting Public Interest Provisions in International Investment Treaties. *Chicago Journal of International Law*, 18(1), 321-352.
- Harms, S. S. (2021). Toward a Green New Treaty Deal: Reforms to ISDS amid Environmental Crisis. *Houston Law Review*, 58(2), 479-509.
- Harrison, K., & Sundstrom, L. M. (2007). The Comparative Politics of Climate Change. *Global Environmental Politics*, 7(4), 1-18. <https://doi.org/10.1162/glep.2007.7.4.1>
- Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. En A. K. Bjorklund, & A. Reinisch (eds.), *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781781003220.00007>
- Hodgson, M. (2015). Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform. En J. E. Kalicki, & A. Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (pp. 748-759). [https://doi.org/10.1163/9789004291102\\_034](https://doi.org/10.1163/9789004291102_034)
- Hodgson, M., & Stewart, M. (2018). Experts in Investor-State Arbitration: The Tribunal as Gatekeeper. *Journal of International Dispute Settlement*, 9(3), 453-463. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idy006>
- Hoffmann, A. K. (2013). Counterclaims in Investment Arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 28(2), 438-453. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit032>
- Hulme, M. H. (2016). Preambles in Treaty. *University of Pennsylvania Law Review*, 164(5), 1281-1343.
- International Sustainability Standards Board (2011). *About the International Sustainability Standards Board*. <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/>
- Jackson, R. B., Vengosh, A., Carey, J. W., Davies, R. J., Darrah, T. H., O'Sullivan, F., & Pétron, G. (2014). The Environmental Costs and Benefits of Fracking. *Annual Review of Environment and Resources*, 39(1), 327-362. <https://doi.org/10.1146/annurev-environ-031113-144051>
- Jandhyala, S. (2020). The Politics of Investor-State Dispute Settlement: How Strategic Firms Evaluate Investment Arbitration. En J. Chaisse, L. Choukroune, & S. Jusoh (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2\\_72-1](https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_72-1)
- Kapeliuk, D. (2010). The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. *Cornell Law Review*, 96(1), 47-90.
- Karsenti, S., & Granier, T. (2021). Is Arbitration Helping or Hindering the Protection of the Environment and Public Health? *Journal of International Arbitration*, 38(3), 327-344. <https://doi.org/10.54648/joia2021016>
- Kaufmann-Kohler, G., & Potestà, M. (2020). Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook. En A. Trautmann (ed.), *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (pp. 7-29). Springer International Publishing. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7_2)
- Kendra, T. (2013). State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? *Arbitration International*, 29(4), 575-606. <https://doi.org/10.1093/arbitration/29.4.575>
- Kolo, A. (2004). Managing Post-Privatisation Political and Regulatory Risks in Nigeria - A Law and Policy Perspective. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22(4), 473-506. <https://doi.org/10.1080/02646811.2004.11433383>
- Krause, D. (1993). Environmental Consciousness: An Empirical Study. *Environment and Behavior*, 25(1), 126-142. <https://doi.org/10.1177/0013916593251007>
- Lalive, P. (2010). On the Reasoning of International Arbitral Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(1), 55-65. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idp006>
- Lyon, T. P., & Maxwell, J. W. (2008). Corporate Social Responsibility and the Environment: A Theoretical Perspective. *Review of Environmental Economics and Policy*, 2(2), 240-260. <https://doi.org/10.1093/reenp/ren004>
- Lyons, K. (28 de enero de 2020). Climate refugees can't be returned home, says landmark UN human rights ruling. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/20/climate-refugees-cant-be-returned-home-says-landmark-un-human-rights-ruling>

- Manabe, S. (2019). Role of greenhouse gas in climate change. *Tellus A: Dynamic Meteorology and Oceanography*, 71(1). <https://doi.org/10.1080/16000870.2019.1620078>
- Mann, H. (2008). *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*. [https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa\\_business\\_human\\_rights.pdf](https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa_business_human_rights.pdf)
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tlamelaua: revista de ciencias sociales*, 5(32), 46-83.
- Marisi, F. (2020). *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions*. Wolters Kluwer.
- Martini, C. (2017). Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting. *The International Lawyer*, 50(3), 529-584.
- Mattli, W. (2003). Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration. *International Organization*, 55(4), 919-947. <https://doi.org/10.1162/002081801317193646>
- Mayer, B. (2022). *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*. Oxford University Press.
- McGrath, M. (28 de febrero de 2022). Climate change: IPCC report warns of 'irreversible' impacts of global warming. *BBC News*. <https://www.bbc.com/news/science-environment-60525591>
- Mendonça, M. (2007). *Feed-in Tariffs: Accelerating the Deployment of Renewable Energy*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781849771313>
- Menjura Cuervo, Ó. A. (2022). *Razonamiento probatorio: Teoría del caso y argumentación* (tesis para optar por el grado de Magíster). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Mertig, A. (2015). From Conservationists to Environmentalists: The American Environmental Movement. En B. Sommer (ed.), *Cultural Dynamics of Climate Change and the Environment in Northern America* (pp. 55-76). Brill.
- Meyer, T., & Park, T. J. (2018). Renegotiating International Investment Law. *Journal of International Economic Law*, 21(3), 655-679. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgy029>
- Miles, W. (11 de noviembre de 2021). *International Arbitration and Sustainable Investment: Facilitator or Foe?* [ponencia]. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático 26, Glasgow, UK.
- Noilhac, A. (2020). Renewable energy investment cases against Spain and the quest for regulatory consistency. *Questions of International Law*, (71), 21-39.
- Oglinda, B. (2015). Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration. *Juridical Tribune*, 5(2), 124-131.
- Oshionebo, E. (2010). Stabilization Clauses in Natural Resource Extraction Contracts: Legal, Economic and Social Implications for Developing Countries. *Asper Review of International Business and Trade Law*, 10(1), 2-33.
- Pouliot, V. (2011). Diplomats as Permanent Representatives: The Practical Logics of the Multilateral Pecking Order. *International Journal*, 66(3), 543-561. <https://doi.org/10.1177/002070201106600302>
- Quintana, A. V., Venkatraman, R., Coleman, S. B., Martins, D., & Mayhew, S. H. (2021). COP26: An opportunity to shape climate-resilient health systems and research. *The Lancet Planetary Health*, 5(12), 852-853. [https://doi.org/10.1016/S2542-5196\(21\)00289-8](https://doi.org/10.1016/S2542-5196(21)00289-8)
- Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human Rights and International Investment Arbitration. En P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, & F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 82-96). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004>
- Sands, P. (1992). The United Nations Framework Convention on Climate Change. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 1(3), 270-277.
- Santiago-O'Brien, V., & Usher, E. (2006). Mobilizing Finance for Renewable Energies. En D. Assmann, U. Laumanns, & D. Uhi (eds.), *Renewable Energy* (pp. 2-28). Routledge.
- Schachter, O. (1984). Compensation for Expropriation. *American Journal of International Law*, 78(1), 121-130. <https://doi.org/10.2307/2202344>

- Schinazi, M. (2021). *The Three Ages of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108891837>
- Schreuer, C. (2010). Diversity And Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration. En M. Fitzmaurice, O. Elias, & P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On* (pp. 129-151). Brill Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004181045.i-382.47>
- Shao, X. (2021). Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: At the Crossroads of Domestic and International Law. *Journal of International Economic Law*, 24(1), 157–179. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgab001>
- Shapiro, S. P. (2005). Agency Theory. *Annual Review of Sociology*, (31), 263-284.
- Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? *International & Comparative Law Quarterly*, 60(3), 573-596. <https://doi.org/10.1017/S0020589311000224>
- Simoes, F. D. (2017). When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking. *Denver Journal of International Law and Policy*, (45), 251-285.
- Smil, V. (2016). *Energy Transitions: Global and National Perspectives, 2nd Edition*. ABC-CLIO Greenwood.
- Spears, S. A. (2010). The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, 13(4), 1037-1075. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgq048>
- Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got to Do with It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, 31(1), 33-58. <https://doi.org/10.1017/S0922156517000528>
- Swinehart, M. W. (2017). Reliability of Expert Evidence in International Disputes. *Michigan Journal of International Law*, (38), 287-347.
- Talus, K. (2015). Introduction - Renewable Energy Disputes in the Europe and beyond: An Overview of Current Cases. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 12(3).
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Thøgersen, J., & Crompton, T. (2009). Simple and Painless? The Limitations of Spillover in Environmental Campaigning. *Journal of Consumer Policy*, 32(2), 141-163. <https://doi.org/10.1007/s10603-009-9101-1>
- Tienhaara, K. (2006). Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: Lessons from Ghana. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 4(6), 371-394. <https://doi.org/10.1007/s10784-006-9010-6>
- Tienhaara, K. (2009). *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*. Cambridge University Press.
- Timmer, L. J. E. (2013). Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of IC-SID Awards. *The Journal of World Investment & Trade*, 14(5), 775-803. <https://doi.org/10.1163/22129000-01405001>
- Tirado, J. M. (2015). Renewable Energy Claims under the Energy Charter Treaty: An Overview. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 12(3).
- Vadi, V. (2015). Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48(5), 1285-1351.
- Van der Ploeg, F., & Rezai, A. (2020). Stranded Assets in the Transition to a Carbon-Free Economy. *Annual Review of Resource Economics*, 12(1), 281-298. <https://doi.org/10.1146/annurev-resource-110519-040938>
- Voss, J. (2005). The Science of Persuasion: An Exploration of Advocacy and the Science Behind the Art of Persuasion in the Courtroom. *Law and Psychology Review*, (29), 301-327.
- Wall, R., Grafakos, S., Gianoli, A., & Stavropoulos, S. (2018). Which policy instruments attract foreign direct investments in renewable energy? *Climate Policy*, 19(1), 59-72. <https://doi.org/10.1080/14693062.2018.1467826>
- Wang, M. (2000). Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce? *Arbitration International*, 16(2), 189-212. <https://doi.org/10.1023/A:1008972802830>

Watson, D. (2017). Arbitration: International arbitration practice: Taking advantage of the flexibility. *LSJ: Law Society Journal*, (32), 88-89.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Acuerdo Internacional de Inversión entre el Reino de Bélgica-Gran Ducado de Luxemburgo y la República de Serbia, Belg.Lux.-Serb, 4 Mar. 2004.

Acuerdo Internacional de Inversión Modelo de Canadá y Estados Unidos de América, Can. -U.S., 2004.

Acuerdo Internacional de Inversión entre Australia y la República de Chile, Austl. -Chile, 30 Jul. 2008.

Ascent Resources Plc & Ascent Slovenia Ltd c. República de Eslovenia, Caso CIADI No. ARB/22/21, Laudo (1 Sep. 2022).

Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 Nov. 2017).

Biloune & Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre & Gobierno de Ghana, Arbitraje Ad Hoc, Decisión de jurisdicción (27 Oct. 1989).

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Cortec Mining Kenya Limited c. República de Kenya, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo (22 Oct. 2018).

David R. Aven c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo (18 Sep. 2018).

Eco Oro Minerals c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción (9 Sep. 2021).

Glasgow Climate Pact. UN Doc. FCCC/PA/CMA/2021/L.16 (Nov. 13, 2021).

Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/15/2, Solicitud de arbitraje (6 Sep. 2013).

Nevsun Resources Ltd. c. Araya, [2020] S.C.C. 5 (Can.).

Paris Climate Agreement. UN Doc. L 282/4 (Nov. 4, 2016).

Rockhopper Italia S.p.A. c. República Italiana, Caso CIADI No. ARB/17/14, Solicitud de arbitraje (19 May. 2017).

RWE AG c. Reino de los Países Bajos, Caso CIADI No. ARB/21/4, Memorial de demanda (18 Dec. 2021).

Sexto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental del Cambio Climático. IPCC Sixth Assessment Report.

Sentencia recaída en el caso C/09/571932 / HA ZA 19-379 (Friends of the Earth c. Royal Dutch Shell PLC), de 26 de mayo de 2021.

Urbaser S.A. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (8 Dec. 2016).

Westmoreland c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/20/3, Solicitud de arbitraje (12 Aug. 2019).