

El arbitraje de inversión en la nueva era:

¿motor o freno de los esfuerzos para combatir el cambio climático?

Diego P. Fernández Arroyo*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El cambio climático ya no es un riesgo, sino una realidad; una que continúa agravándose cada día. Ya no enfrentamos una eventualidad, sino un estado de emergencia. Tampoco se trata de una novedad reciente, sino de una situación conocida hace décadas que, ante su evidencia irrefutable, en los últimos años ha escalado con toda razón en la agenda internacional hasta tomar un protagonismo primordial; quizás el que debió haber tenido siempre.

Un punto esencial contra el cambio climático estriba principalmente en la implementación de la transición energética, sustituyendo la energía fósil por energía renovable. En un avance clave, los Estados han ido consensuando ciertos compromisos en ese sentido. Ahora, sin embargo, resta la parte más difícil: concretizar esos compromisos a escala global, atravesando todos los sectores de la economía. Así, el cambio climático presenta desafíos para todos en el mundo, tanto en el sector público como en el privado.

En este contexto, las discusiones sobre el cambio climático han llegado a todos los campos. El arbitraje (en particular, el arbitraje de inversión) no ha quedado exento y, de hecho, ha emergido como un foco central de debate. De un lado, hay quienes consideran que el arbitraje de inversión representa un obstáculo en la batalla contra el cambio climático, principalmente porque los esfuerzos de los Estados soberanos por impulsar las políticas de descarbonización acarrearán el riesgo de potenciales demandas de inversores con proyectos de energía fósil. De otro lado, la comunidad arbitral ha intentado defender con firmeza el régimen actual, al punto de proponerlo como el mecanismo ideal para atender las controversias que surjan en esta nueva era. Ambas posturas se han visto en gran medida desconectadas, avanzando mantras principistas y dejando poco espacio para encontrar ámbitos en los que las posturas extremistas puedan reconciliarse.

Esta modesta contribución (i) explica las principales preocupaciones (o críticas) que se han planteado respecto al arbitraje de inversión en la batalla contra el cambio climático; (ii) analiza las mismas desde diferentes ángulos, así como las áreas donde el sistema actual puede mejorar; y (iii) concluye que, el arbitraje de inversión no es ineluctablemente un “freno” de los esfuerzos contra el cambio climático, aunque las preocupaciones actuales deben atenderse con seriedad para lograr que se transforme en un “motor” en esta batalla.

II. Las áreas de “tensión” entre el arbitraje de inversión y la batalla contra el cambio climático [\[arriba\]](#)

Los compromisos de descarbonización de los Estados se encuentran principalmente establecidos y regulados en los siguientes instrumentos internacionales: (i) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC, por sus siglas en inglés)[1]; (ii) el Protocolo de Kyoto[2]; y más recientemente, (iii) el Acuerdo de París[3]. Este último, define cómo los estados implementarán sus compromisos bajo la UNFCCC para mantener el aumento del calentamiento global por debajo de dos grados centígrados (y preferentemente

en 1,5 grados), respecto a los niveles preindustriales. Se trata de metas ambiciosas que requieren acciones inmediatas y, en cierto modo, drásticas. Entre otras medidas, se requiere reemplazar la energía fósil por energías renovables, lo que se traduce en cambios regulatorios a nivel local para cancelar, prohibir o limitar proyectos de energía fósil, a la vez que fomentar proyectos “verdes”. La estrategia concreta y ritmo de implementación de estas medidas depende de cada Estado, y de los compromisos específicos asumidos por cada uno de ellos.

Este marco internacional para frenar el cambio climático ha dado lugar a una avalancha de disputas de todo tipo; tanto litigios ante las cortes nacionales[4], como arbitrajes comerciales[5], y disputas entre Estados ante tribunales internacionales[6], entre otros[7]. El arbitraje de inversión es otro frente particularmente relevante[8].

Las preocupaciones (o críticas) respecto al arbitraje de inversión giran alrededor de la tensión entre, por un lado, la obligación de los estados de adoptar medidas de descarbonización y, por el otro lado, las protecciones que los tratados internacionales de inversión ofrecen a los inversores extranjeros, y el consecuente riesgo de potenciales demandas arbitrales por los daños económicos que los cambios regulatorios puedan causar a los proyectos fósiles existentes. Se dice entonces que esta tensión entre el “poder de regular” del estado (*right to regulate*) y las protecciones a inversores, podría llevar a una suerte de “congelamiento regulatorio” (*regulatory chill*), obstaculizando así la tan requerida transición.

Esta preocupación se relaciona, principalmente, con una de las protecciones más comunes en los tratados de inversión: “el trato justo y equitativo”[9]. Se trata de un estándar amplio que, según abundante jurisprudencia, protege, entre otras cosas, las “expectativas legítimas” generadas por el estado en los inversores a fin de atraerlos con las perspectivas de buenos y duraderos negocios. Así, si un inversor invirtió años atrás en un proyecto de energía fósil porque el marco legal y regulatorio le ofrecía condiciones óptimas, el abandono de dicho régimen podría (en ciertas circunstancias) afectar sus expectativas legítimas. Algunos ejemplos de este tipo de controversias incluyen los siguientes[10]:

- *Westmoreland Mining Holdings c. Canadá*, donde el inversor tenía minas de carbón y alegó que, tras adelantar los planes para cancelar el consumo de carbón, el gobierno habría compensado a las generadoras de energía que consumían carbón (por tener que modificar su modelo de negocio), mas no habría compensado a la minera[11].

- *Kotch Industries c. Canadá*, en relación con medidas que cancelaron los llamados “mercados de intercambio de derechos de emisión” (*emission trading*)[12].

- *Uniper c. los Países Bajos*, en relación con la Ley de Cambio Climático (de 2019), alegando que habría llevado al cierre de plantas de generación de electricidad a carbón para lograr las metas del Acuerdo de París[13].

También existe un largo historial de arbitrajes de inversión relativos a cuestiones ambientales, aun sin vincularse directamente con el cambio climático o el Acuerdo de París, como el caso *Vattenfall c. Alemania*, relativo a la cancelación del proyecto de construcción de una planta nuclear, en el marco del abandono de Alemania de este tipo de energía tras el impactante desastre de Fukushima (en 2011)[14].

Es entendible que, en este contexto, transpire cierta tensión entre el arbitraje de inversión y la transición energética. La pregunta clave, sin embargo, es cuán grave e irreconciliable es esa tensión, y si requiere un total abandono del régimen actual, incluyendo sus (pocas o muchas) ventajas.

III. Las inquietudes específicas respecto al rol del arbitraje de inversión en la batalla contra el cambio climático [\[arriba\]](#)

Las inquietudes respecto a la legitimidad del arbitraje de inversión se remontan tiempo atrás, cuando distintos públicos (incluyendo Estados, la sociedad civil, la academia, y la prensa) comenzaron a indagar sobre este mecanismo de resolución de disputas, en especial debido a su uso para resolver reclamos contra Estados que involucran el interés público[15]. Las críticas iniciales tomaron mayor dimensión alrededor de 2015, cuando la Unión Europea remarcó ciertas falencias del sistema; entre otras: (i) la amplitud de las protecciones en los tratados de inversión; (ii) la discreción de los árbitros para interpretar esas protecciones; (iii) ciertas dudas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros (debido a la participación de las partes en su designación, así como la tendencia de que los árbitros también actúen como abogados o expertos); (iv) la inconsistencia en la jurisprudencia; y (v) la falta de transparencia[16]. Para resolver estas cuestiones, la Unión Europea propuso la creación de una corte multilateral permanente de inversión, que incluya una instancia de apelación, obteniendo el apoyo de otros países y de reconocidos especialistas[17].

Esta propuesta, justo con manifestaciones similares expresadas por algunos Estados y otros actores, llevó a la conformación de un grupo de trabajo especializado en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el llamado “Grupo de Trabajo III”, en el que los representantes de los Estados junto a especialistas en derecho internacional han venido discutiendo este proyecto[18]. Con momentos de mayor y menor tracción, el Grupo de Trabajo III continúa reuniéndose periódicamente hasta el presente, evaluando la pretensión de máxima (crear una corte permanente), así como otras variantes intermedias (como la creación de un mecanismo de apelación compatible con el sistema actual). Al margen del resultado al que pueda llegarse, este se ha convertido sin duda en un espacio clave de discusión.

Estas inquietudes se fueron asentando cada vez más, y se potenciaron cuando la situación climática irrumpió en la agenda global (pese a no ser un tema nuevo). Así, la batalla contra el cambio climático (y el impacto que el arbitraje de inversión pueda tener al respecto) se convirtió en uno de los principales ejes del debate. Desde entonces, la discusión ha escalado a nuevos foros. En 2022, un informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas remarcó la necesidad de acción inmediata, y sugirió que los tratados de inversión fomentan el congelamiento regulatorio[19]. En esa misma línea, a fines de 2023, uno de los muchos relatores especiales nombrados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elevó un informe a la Asamblea General sobre los obstáculos que el arbitraje de inversión pondría para la batalla contra el cambio climático[20]. Avanzando numerosas críticas, el informe sostiene que el arbitraje de inversión tiene consecuencias nefastas tanto para la lucha contra el cambio climático, como para la protección del medioambiente y para los derechos humanos[21]. Estas críticas no son novedosas, sino que reflejan un descontento más generalizado, en línea con aquellas discutidas en el Grupo de

Trabajo III. Desde ya, elevar esta discusión al seno de las Naciones Unidas, que es la organización internacional más representativa y de mayor carga política, es muy valioso.

Del abanico de críticas planteadas en los últimos años, algunas tienen más mérito que otras, pero, en cualquier caso, todas son relevantes y deben ser analizadas. Ese análisis requiere considerar algunos matices y precisiones para evitar confusión respecto al funcionamiento del arbitraje de inversión.

Parcialidad en favor de los inversores. Una crítica genérica (pero no por eso menos dura) es que el arbitraje de inversión prioriza los intereses de los inversores por sobre los intereses de los Estados[22]. Lo cierto es que no hay evidencia empírica de ello. La cantidad de arbitrajes de inversión (pasados y en curso) es significativa, y cada caso es diferente (tanto en los hechos como en el derecho aplicable), haciendo difícil (sino imposible) generalizar una tendencia de manera tan categórica. Incluso tomando el porcentaje de reclamos exitosos, la más básica (y quizás injusta) regla de medición, no se comprueba una parcialidad evidente, sino más bien resultados relativamente balanceados[23]. Una de las bases de datos más completa en la materia, administrada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), muestra que, de los 924 arbitrajes de inversión públicos concluidos a julio de 2023, unos 344 fueron decididos en favor de los Estados, contra 260 decididos en favor de los inversores[24]. Desde ya, la percepción negativa del público puede ser indicativa y debe ser tenida en cuenta, pero dicha percepción resulta difícil de corroborar con la información disponible.

Congelamiento regulatorio (por amenaza de demandas). Más concretamente, muchos afirman que el arbitraje de inversión llevaría a un congelamiento regulatorio[25]. Esta preocupación es teóricamente entendible y debe ser atendida. Sin embargo, tampoco puede tomarse a la ligera porque es difícil establecer un nexo causal directo. En cierta medida, esta crítica se relaciona con la “cantidad” de reclamos contra los Estados por cambios regulatorios en la implementación de políticas “verdes” [26], pero todavía hay pocos casos donde los reclamos se relacionen directamente con el cambio climático[27]. Si bien estos casos siguen aumentando, muchos de ellos están en curso y se desconoce cuál será el resultado. Es entonces prematuro adelantar cómo los tribunales interpretarán la interacción entre la protección a los inversores, y los compromisos climáticos. Igualmente, muchos de los reclamos de los últimos años abundantemente citados (por ejemplo, contra España, Italia o la República Checa), refieren a una situación diferente; se trata de inversores con proyectos de energía renovable (presumiblemente necesarios bajo el Acuerdo de París), alegando que los Estados alteraron la regulación, tornándolos inviables[28].

Los Estados se comprometieron a respetar ciertas garantías expresadas en los tratados de inversión, y también, más recientemente, a frenar el cambio climático. Ambas obligaciones (libremente asumidas) son válidas y plausibles, y deben ser honradas. Si bien puede haber cierta tensión, ello no implica necesariamente que el respeto por unas siempre excluya el cumplimiento de las otras. Como han explicado algunos tribunales, aun cuando se considere que los tratados de inversión contemplan algún nivel de estabilidad legal, ello no implica un congelamiento *ad eternum* del marco regulatorio y no impide al Estado ajustarlo ante genuinos cambios de circunstancias. Ahora bien, el ejercicio de esa innegable prerrogativa regulatoria, como el de cualquier otro poder, no está siempre exento de consecuencias. El poder regulatorio puede permitir dismantelar a discreción las bases fundamentales del marco regulatorio que el propio Estado promocionó (y las promesas concretas realizadas) para atraer inversiones extranjeras cuando consideró que las necesitaba. Sin embargo, si se cumplen

determinadas condiciones fácticas y jurídicas, es posible que el Estado deba - porque así se obligó voluntariamente - a compensar a los afectados por sus decisiones. Obviamente, a medida que nos adentremos en la transición energética, futuros cambios regulatorios se volverán más predecibles para los inversores, quienes se verán cada vez más limitados de invocar legítimas expectativas (abstractas) en este sentido[29]. El análisis sobre cuándo y qué cambios regulatorios caerán en esa categoría dependerá de cada caso concreto[30].

Ahora bien, si la tensión es realmente irreconciliable (lo cual no parece evidente), se pueden encontrar formas de afinar el balance entre proteger a los inversores y cuidar el planeta. Los Estados pueden enmendar los tratados de inversión, o utilizar mecanismos de interpretación conjunta, para actualizar (o limitar) las protecciones y asegurarse que no afecten las políticas que, de buena fe, busquen combatir el cambio climático. Por ejemplo, pueden incluir excepciones a sus protecciones respecto a proyectos de energía fósil[31]. Otra alternativa es “contractualizar” esas protecciones (como era más común anteriormente), permitiendo a los Estados evaluar las ventajas de proyectos específicos y personalizar el grado de protección que merecen, así como imponer obligaciones a los inversores (por ejemplo, de preservación del medio ambiente)[32]. Una posible complicación es la necesidad de negociar cada contrato, o bien preparar modelos para ciertas categorías de proyectos (por ejemplo, por sector y zona, entre otras variables). En este sentido, un grupo de trabajo recientemente conformado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la CCI está trabajando en la modelización de contratos internacionales de inversión[33]. Esta iniciativa demuestra los esfuerzos para atender las críticas actuales.

Protección del medio ambiente. Otra de las críticas es que los tratados de inversión no regulan suficiente o adecuadamente los temas sobre protección del medio ambiente. Por ejemplo, el Relator Especial sugiere que los tratados de inversión no contemplan cuestiones de medio ambiente y los tribunales también las pasan por alto[34]. Si bien los tratados de inversión han sido generalmente silenciosos respecto al cambio climático, algunos tratados refieren a cuestiones ambientales, en diversas formas[35]. Por ejemplo:

- El modelo de tratado bilateral de inversiones de los Estados Unidos de América (de 2012) contiene una sección regulando cuestiones ambientales[36].
- El modelo de tratado bilateral de inversiones de India (de 2005) obliga a los inversores a respetar las leyes ambientales, y aclara que el tratado no impide al Estado tomar medidas que considere necesarias para preservar el medio ambiente[37].
- El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la Unión Europea (de 2016, CETA, por sus siglas en inglés) establece que los estados parte mantienen su “derecho a regular” para lograr “políticas legítimas” en materia de medio ambiente (entre otros aspectos), aclarando que el ejercicio del poder regulatorio del Estado, aun cuando afecte a los inversores, no implica una violación[38].
- El Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (de 2016, TPP, por sus siglas en inglés), establece que las protecciones a inversores no impiden a los Estados tomar medidas para preservar el medio ambiente[39].
- El Tratado Bilateral de Inversión entre Marruecos y Nigeria (de 2016) establece un amplio poder regulatorio en materia de medio ambiente, y obliga a los inversores a mantener un

sistema de monitoreo ambiental y, en particular, los obliga a mantener una certificación ISO (o equivalente) en materia de manejo ambiental[40].

En una nueva tendencia, algunos tratados ya incluyen referencias (en diferentes formas y medida) a las obligaciones soberanas relativas al cambio climático[41]. Si bien todos quisiéramos que estos cambios se materialicen más rápido, es inevitable que tomen algo de tiempo; en última instancia son los propios Estados quienes pueden intentar acelerar el ritmo. Por ejemplo:

- El modelo de tratado bilateral de inversión de los Países Bajos (de 2019) expresamente reconoce las obligaciones bajo el Acuerdo de París, notando también la importancia de que los inversores analicen, identifiquen y mitiguen los potenciales riesgos ambientales de sus proyectos[42].

- Por otro lado, un estudio identificó más de sesenta tratados de inversión que refieren al Pacto Global, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y los principios de responsabilidad social corporativa, todos documentos de las Naciones Unidas[43]. Estas normas, sin embargo, se mantienen con poco uso en la práctica.

Obviamente, las necesidades y la percepción de las mismas pueden variar en el tiempo. Así, el preámbulo del Tratado sobre la Carta de la Energía refiere expresamente al cambio climático y la urgente necesidad de una transición energética ya en 1994. También refiere a cuestiones ambientales, requiriendo un esfuerzo por minimizar el daño ambiental de las operaciones de energía y para desarrollar energías renovables, así como a las obligaciones de los Estados bajo otros acuerdos internacionales sobre el medio ambiente[44]. Sin embargo, tres décadas después, ciertos cambios de circunstancias, por un lado, y la experiencia práctica acumulada, por otro lado, han llevado a varios Estados a considerar que este Tratado no es la mejor herramienta para abordar las relaciones energéticas en la actual coyuntura climática, provocando una cascada de denuncias.

Por su parte, varios tribunales han aplicado principios relevantes para la protección del medio ambiente. Desde ya, si la aplicación de esos principios es correcta o no, depende del análisis de cada caso concreto. Por ejemplo:

- En *Perenco c. Ecuador*, el tribunal sostuvo que, ante la existencia de dos posibles interpretaciones razonables del marco regulatorio local, debía optarse por aquella más proteccionista del medio ambiente[45].

- El tribunal de *Eco Oro c. Colombia* reconoció la obligación del Estado de proteger el medio ambiente. El árbitro Philippe Sands KC emitió una opinión disidente sosteniendo que el análisis de este tipo de casos requiere cierta cautela debido a los desafíos presenta el cambio climático, y aplicación del “principio de precaución”[46].

- En *David Aven c. Costa Rica*, relativo al descubrimiento de humedales que llevó a la cancelación de un proyecto turístico, el tribunal rechazó el reclamo sobre la base de las exigencias de la legislación local[47].

- En *Cortec Mining c. Kenya*, el tribunal denegó jurisdicción porque el inversor había incumplido sus obligaciones ambientales bajo la regulación local[48].

- En *Lee-Chin c. República Dominicana*, el tribunal remarcó que, como adjudicador de disputas transnacionales, no podía ignorar los riesgos ambientales involucrados en el caso, reconociendo que la protección del medio ambiente es una prioridad esencial en toda actividad humana y que (en ciertas circunstancias) las medidas ambientales podrían ser necesarias para asegurar intereses de seguridad nacional[49].

Protección de derechos humanos. Las críticas se extienden más allá del cambio climático, cubriendo también los riesgos de vulneración de los derechos humanos[50]. Esta crítica es válida, aunque también es difícil de generalizar. Por ejemplo, varios tribunales han reconocido la relevancia (y su deber de considerar) los derechos humanos, incluyendo el derecho de acceso al agua[51]. Que en los casos puedan devenir relevantes ciertas consideraciones sobre derechos humanos, no implica que ellas nunca puedan reconciliarse con las protecciones prometidas a los inversores. Al respecto, el tribunal en *Suez c. Argentina* explicó que las obligaciones sobre derechos humanos (no obstante su relevancia) no excusan a los Estados de los compromisos asumidos en tratados de inversión, sino que el estado debe respetar ambas[52]. Esto, de ningún modo significa que no se pueda (y se deba) mejorar cómo los tratados (y consecuentemente, los tribunales) tratan las cuestiones relativas a los derechos humanos.

Exceso de confidencialidad (o secretismo). Muchos catalogan (peyorativamente) al arbitraje de ser un foro “secreto”, sin lugar para la participación pública[53]. Si bien el arbitraje es tradicionalmente percibido como confidencial (lo que no quiere decir que esencialmente lo sea), en el arbitraje de inversión se ha gestado con bastante rapidez el paradigma inverso[54]. Comenzando porque la existencia de los casos casi siempre ha sido pública, de allí en adelante, las tendencias hacia la transparencia solo han aumentado. Ya desde antes de que existieran reglas específicas sobre transparencia, los tribunales comprendieron el interés público involucrado y establecieron reglas para permitir la participación de terceros interesados (*amicus curiae*), o el acceso del público general a cierta información[55]. Estas (y otras) tendencias se han plasmado, por ejemplo, en el Reglamento de la CNUDMI, las Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), así como en los principales reglamentos de arbitraje modernos[56]. Queda mucho por hacer en materia de transparencia, pero la comunidad arbitral se encuentra en el camino indicado.

Alternación entre el rol de árbitro y de abogado (*double hatting*). Otra de las críticas es la práctica (bastante generalizada) de que quienes actúan como árbitros también actúen como abogados de parte (o expertos) en otros casos[57]. Esta crítica excede el tema del cambio climático, pero es una de las más legítimas. Si bien no puede descartarse que una persona pueda actuar con el “sombrero” de árbitro en algunos casos y con el de abogado (o de experto) en otros (lo cual depende de factores subjetivos), es entendible que esa circunstancia genere dudas razonables a los usuarios. Estas dudas naturalmente aumentan cuando se tratan cuestiones sensibles de interés público, como serían los temas sobre el cambio climático. Aunque quizás no tan rápido como se debiera, la comunidad arbitral viene dando pasos (algunos grandes y otros más chicos) para atender esta preocupación. Por ejemplo, la CNUDMI y el CIADI han publicado un Código de Conducta estableciendo reglas para limitar esta práctica[58].

Limitación al monto de daños reclamables. Otra circunstancia que suele mencionarse como agravante de las consecuencias del arbitraje de inversión es que los montos en juego pueden llegar a los cientos (sino miles) de millones de dólares, principalmente en concepto de lucro cesante. Al respecto, debe considerarse que muchos de estos casos se relacionan con proyectos muy grandes, donde las inversiones y daños realmente pueden llegar a esos montos, aunque también son muchos los casos en los cuales los montos reclamados parecen, al menos a primera vista, “inflados”. De hecho, los tribunales arbitrales, cuando le dan la razón a los inversores, en general les reconocen indemnizaciones sensiblemente menores a las solicitadas.

Ante ello, el Relator Especial recomienda que se establezca un límite a la compensación que los inversores puedan reclamar, equivalente al monto de los costos hundidos, excluyendo el lucro cesante[59]. Obviamente, una compensación económica solo procede si se determina que el Estado violó sus obligaciones hacia el inversor. En ese escenario, limitar taxativamente la compensación por un proyecto en funcionamiento a los costos hundidos puede, dependiendo de las circunstancias del caso, resultar arbitrario. Ello, además, puede contrariar los principios del derecho internacional consuetudinario que requieren que la compensación sea suficiente para “eliminar todas las consecuencias del acto ilícito”[60]. El lucro cesante, además, es generalmente aceptado como un elemento de la justa compensación (también en el derecho comparado). Desde un punto de vista práctico, esperar que inversores que comprometen cientos de millones de dólares (muchas veces a través de una compleja estructura de financiamiento que involucra a múltiples partes) queden a merced de la conducta del Estado, con la sola posibilidad de recuperar los costos hundidos, puede parecer poco realista.

Recomendación de abandonar los tratados de inversión. Sobre la base de todas estas críticas, las propuestas más radicales apuntan a terminar los tratados de inversión[61] o, al menos, acabar con el recurso al mecanismo del arbitraje. Al margen de que esta solución puede ser precipitada, tampoco es tan sencilla. Los tratados están regulados por sus propios términos, así como por el derecho internacional. El efecto práctico de terminar los tratados es limitado, en virtud de las llamadas cláusulas “crepusculares” o de “supervivencia” (*sunset clauses*), conforme las cuales, los tratados conservan su vigencia por varios años tras su terminación. De modo que, en un escenario utópico donde todos los tratados sean terminados hoy, al amanecer de mañana seguirían siendo aplicables (y por varios años más). La situación podría ser distinta si los Estados enmendaran los tratados de común acuerdo, lo cual requeriría una difícil coordinación, especialmente respecto a instrumentos multilaterales. Pero lo cierto es que los Estados ya están tomando acción en este sentido, algunos lentamente y otros con más dinamismo[62]. Claros ejemplos son el nuevo tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (que reemplazó al NAFTA) que restringió el acceso al arbitraje, así como el éxodo del Tratado sobre la Carta de la Energía, por diversos motivos que incluyen su presunta incompatibilidad con la transición energética. Del otro lado del espectro, existe una propuesta de modernizar el Tratado sobre la Carta de la Energía para contemplar los compromisos del Acuerdo de París, por ejemplo, mediante cláusulas de opción para inversiones en combustible fósil[63]. Asimismo, la Unión Europea sigue avanzando con su agresiva política contra el arbitraje de inversión, proponiendo su reemplazo por una corte multilateral permanente de inversión. Esta situación ilustra la tensión entre las distintas posturas, así como un esfuerzo por encontrar una solución intermedia.

Recomendación de someter las disputas de inversión a las cortes locales. En un mundo sin tratados de inversión, los reclamos de los inversores deberían ventilarse ante las cortes

locales, tal como propone el Relator Especial[64]. Esta propuesta de volver a las antiguas ideas de Carlos Calvo puede ser válida, pero no necesariamente obvia. Los recursos de los estados suelen ser limitados y esperar que el poder judicial resuelva disputas tan grandes, complejas, sobre cuestiones técnicas, en un tiempo medianamente razonable, es poco realista (obviamente, dependiendo del país en cuestión). Tanto así que, por ejemplo, cuando los Estados han tenido reclamos contra los inversores, los han presentado como contrademandas en el mismo arbitraje, y no ante sus cortes locales[65]. Los Estados también son libres de pactar que la disputa deba someterse en primer lugar a las cortes locales, como establecen muchos tratados mediante el requisito de “litigio previo” (usualmente por 18 meses), lo cual rara vez ha llevado a una verdadera resolución de la disputa. En cualquier caso, el derecho local que aplican las cortes muchas veces incluye garantías similares a los tratados de inversión, por ejemplo, en materia de compensación por expropiación[66].

Como puede verse, algunas de estas críticas tienen que ver con el derecho aplicable (es decir, el contenido sustantivo de los tratados de inversión), y otras con el arbitraje como mecanismo para resolver las disputas. Si bien algunas críticas tienen más mérito que otras, no puede negarse que existe un descontento generalizado de los usuarios, así como de la sociedad civil[67]. En este contexto, la comunidad arbitral debe sincerarse con el hecho de que está perdiendo la “pelea” con la opinión pública, tal como advirtió Alexis Mourre[68]. Ante ello, la comunidad arbitral no debe considerarse amenazada, sino atender las críticas. Como cualquier otro sistema, el arbitraje de inversión no es perfecto y, en tanto haya críticas legítimas, deben discutirse y adoptarse las medidas que correspondan para mejorarlo. Ciertas críticas acerca de las cuales existe consenso (aunque siempre discutibles), lejos de ser ignoradas por la comunidad arbitral están en el centro del debate y se están explorando posibles soluciones (por ejemplo, en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI con la participación activa de los Estados). Este es el camino a continuar.

IV. Una mirada integral al rol del arbitraje de inversión en la batalla contra el cambio climático [\[arriba\]](#)

Muchas de las críticas mencionadas (si bien válidas) se focalizan en un solo lado de la batalla contra el cambio climático: cómo terminar los proyectos de energía fósil. Pero no debe ignorarse el otro lado de la moneda: se necesita una amplia matriz de nuevas inversiones para implementar proyectos de energía renovable. Es incontrovertido que las metas del Acuerdo de París solo pueden lograrse mediante inversiones sustanciales, pues la tecnología e infraestructura necesarias son altamente sofisticadas y, consecuentemente, costosas[69]. La Agencia Internacional de Energía Renovable ha calculado que se necesitan aproximadamente U\$S 550 mil millones anualmente para lograr los objetivos planteados[70]. Esta circunstancia presenta oportunidades atractivas para los inversores, al mismo tiempo que el éxito de los potenciales proyectos está sujeto a la regulación estatal y al riesgo de abuso regulatorio. Así, la interacción entre los Estados y los inversores extranjeros solo crecerá.

En este escenario, pueden surgir disputas genuinas cuando las partes tienen entendimientos distintos sobre cómo debe regularse una situación concreta. No se puede asumir que los Estados siempre actuarán dentro de los contornos del derecho local y el derecho internacional, y pretender que desaparezcan los reclamos de inversores es una utopía. Por ejemplo, así como a veces los Estados invocan el estado de necesidad para justificar sus medidas y la discusión se centra en el nexo causal entre la situación de emergencia del país y las medidas concretas, igualmente pueden darse discusiones sobre si ciertas medidas afectando proyectos de energía fósil son realmente necesarias bajo el Acuerdo de París. Si un

Estado cancela un proyecto de energía fósil sin respetar el debido proceso, por más loable que sea el objetivo, no debería sorprender que exista un reclamo por trato injusto e inequitativo (aunque su resultado dependerá de los elementos de hecho y de derecho del caso específico). Asimismo, si un Estado cancela varios proyectos de energía fósil y solo compensa a los inversores locales, podría darse un reclamo por discriminación. En realidad, los casos no son tan sencillos; los proyectos energéticos suelen ser de envergadura, técnicamente complejos, y sujetos a múltiples regulaciones, por lo que requieren un riguroso análisis de los hechos y el derecho aplicable, siendo impredecible las diversas situaciones que pueden presentarse.

Esta realidad requiere que exista un mecanismo neutral, especializado, eficiente y sofisticado (entre otras características) para resolver tales disputas. Históricamente, el arbitraje ha atendido esta necesidad con una eficacia razonable. Es que el arbitraje ofrece una combinación entre sofisticación y flexibilidad que permite adaptar el proceso a cualquier tipo de disputa[71], incluso casos sobre cuestiones ambientales y el cambio climático. De hecho, los Estados son usuarios regulares del arbitraje en disputas entre Estados, incluso en materia de medio ambiente y cambio climático[72], confirmando así sus beneficios.

Junto a los esfuerzos contra el cambio climático, otro tema primordial en la agenda internacional es avanzar hacia la sustentabilidad. Ello, debe recordarse que no solo se vincula con el medio ambiente, sino también con otros aspectos. Por ejemplo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas incluyen la promoción del acceso a la justicia, tanto a nivel nacional como internacional[73]. El arbitraje cuenta con todas las cualidades para lograr este objetivo. Si bien no está probado que el régimen actual impulse inversiones (o que su ausencia las frenaría)[74], es innegable que constituye una garantía importante para los inversores que, de hecho, la han utilizado repetidamente. Vale recordar que casi todos los tratados de inversión ofrecen la posibilidad de reclamar ante las cortes locales, pero ningún inversor opta por esta opción. Por ejemplo, un inversor con un proyecto en un país en el fondo de los rankings de transparencia y justicia (que lamentablemente existen), posiblemente no invertiría (o lo haría en otros términos) si su única alternativa ante el riesgo de medidas adversas fuera recurrir al poder judicial local.

Hay quienes sostienen que abandonar el régimen actual no afectaría el flujo de inversiones. Es difícil afirmar una respuesta a esta cuestión. Al margen de ello, encarar esta nueva era que requiere los mayores niveles de inversión de la historia retirando el sistema de protección para inversores extranjeros, puede no ser la estrategia más conveniente. Los inversores comprometen un importante capital con miras de lograr un retorno; la ecuación del retorno esperado está sujeta a una variedad de factores, incluyendo riesgos por potenciales cambios regulatorios. Es preciso balancear la necesidad de inversiones, por un lado, y las expectativas generadas en los inversores, por el otro, a la luz de los objetivos comunes para combatir el cambio climático.

Por otro lado, los Estados también pueden caer en conductas (quizás no intencionales) que afecten el medio ambiente, en detrimento de las metas del Acuerdo de París. Desde este ángulo, el arbitraje también podría contribuir a la batalla contra el cambio climático, incitando a los Estados a cumplir con sus compromisos (o sancionando su incumplimiento). Por ejemplo, en *Peter Allard c. Barbados*, el inversor alegó que la negligencia del Estado en la operación de una planta estatal de tratamiento de aguas residuales habría contaminado la reserva natural de su proyecto eco-turístico. El inversor alegó que Barbados habría violado sus obligaciones bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica y la

Convención sobre Humedales de Importancia Internacional. Si bien el tribunal rechazó el reclamo, notó que bajo ciertas circunstancias es posible que el propio Estado se encuentre sujeto a obligaciones de protección ambiental[75].

Por su parte, los Estados también tienen la posibilidad de interponer contrademandas solicitando compensación económica por daños ambientales causados por los inversores. Por ejemplo, los casos *Burlington* y *Perenco*, ambos contra Ecuador, resultaron en contrademandas exitosas, ordenando a los inversores una compensación económica para remediar daños ambientales (por US\$ 41 y 54 millones, respectivamente)[76].

Las ventajas del arbitraje no son estáticas, sino que se han desarrollado y perfeccionado a través del tiempo. Siguiendo esa tendencia, el arbitraje podría (y debería) continuar evolucionando para atender mejor las cuestiones relativas al cambio climático. Por ejemplo, la aplicación de principios fundamentales de protección del medio ambiente podría eventualmente convertirse en una suerte de “derecho transnacional”[77], al igual que ocurre con otras cuestiones como la corrupción y la doctrina de las “manos limpias” (*clean hands*). Las cláusulas sobre ley aplicable de los tratados de inversión suelen referir al “derecho internacional” (consistente con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)[78] lo cual podría abrir la puerta a una interpretación más profunda sobre la interacción entre las protecciones a inversores (contenidas en los tratados de inversión) y los compromisos climáticos (del Acuerdo de París u otros instrumentos)[79]. Así, los tribunales deberán analizar las protecciones de los tratados de inversión a la luz de los tratados sobre el cambio climático.

En fin, el arbitraje internacional presenta notables beneficios, tanto para los inversores extranjeros como para los estados soberanos, que vale la pena mantener, y cuenta con las bases necesarias para continuar evolucionando y mejorar aquellos aspectos que requieren atención. Un primer paso para lograr esta solución intermedia sería focalizar en el objetivo común de la comunidad global (que es controlar el cambio climático), dejando de lado absolutismos (de un lado y de otro) que poco aportan a ese objetivo.

V. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

El arbitraje moderno se hizo fuerte (y tuvo éxito) en la medida en que fue percibido como un foro neutral para resolver disputas transnacionales (particularmente complejas), con cierta especialización, con la flexibilidad necesaria para adaptarse a cada litigio en particular, y en relativamente poco tiempo. Estas cualidades lo llevaron a convertirse en el foro por excelencia para resolver disputas de tales características, incluyendo aquellas entre inversores y Estados. Si bien las disputas relativas al cambio climático presentan nuevos desafíos, el arbitraje también ofrece herramientas para adaptarse y resolverlas adecuadamente. Con esas herramientas, los árbitros diligentes y responsables pueden velar por el debido cumplimiento del derecho internacional, evitando reclamos frívolos o abusos de los inversores. El sistema existente no es perfecto, como ningún otro lo es, pero funciona razonablemente bien.

Dicho eso, en la medida en que se identifiquen críticas constructivas, se puede mejorar en muchos aspectos. Es lo que ha sucedido en todos estos años, en los que tanto las reglas que rigen los arbitrajes como la jurisprudencia arbitral, han ido dando respuesta a algunas de las críticas mencionadas en este breve ensayo. Todos tenemos un rol que cumplir en la batalla contra la emergencia climática. La comunidad arbitral (incluyendo a abogados, árbitros,

instituciones y académicos), y especialmente la nueva generación, debe asumir la responsabilidad de atender las preocupaciones planteadas y contribuir a mejorar el sistema constantemente. Ese deseo (o si se quiere necesidad) de mejorar puede lograrse sin dismantelar el sistema por completo. Foros como los grupos de la CNUDMI generan un espacio de discusión apropiado, e iniciativas como la del UNIDROIT y la CCI permiten explorar marcos normativos más apropiados a las controversias de nuestra época y a los desafíos que ellas representan.

Incluso si la reforma más radical posible del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados (la que propone reemplazar el arbitraje por un sistema judicial multilateral) avanzara en los próximos años, restaría aún un tiempo considerable de vigencia del sistema actual, tal como es ahora o coexistiendo con el nuevo sistema que se instaure. En ese tiempo, que puede ser largo y clave para la situación climática, es importante sentar las bases para que el arbitraje pueda convertirse en un motor en la batalla contra el cambio climático. Esta batalla no debe ser entre la comunidad arbitral, los gobiernos o grupos ambientalistas; el verdadero enemigo es grande y su amenaza no es banal, por lo tanto, todos debemos esforzarnos por reconciliar diferencias y unir fuerzas para la consecución del mismo objetivo.

Notas [\[arriba\]](#)

** Director del Programa de Arbitraje Transnacional y Resolución de Disputas de la Escuela de Derecho de Sciences Po (París); Presidente de la Academia Internacional de Derecho Arbitral (París).*

[1] La UNFCCC (de 1992 y en vigor desde 1994) estableció un marco general de cooperación internacional para combatir al cambio climático y lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático” (artículo 2; ver también artículo 4 sobre “compromisos”).

[2] El Protocolo de Kyoto (de 1997 y en vigor desde 2005), tiene el objetivo de reducir las “emisiones antropógenas” (artículo 3). [Kyoto es el nombre utilizado en la versión en español, en lugar de Kioto, que sería lo correcto; “antropógenas”, que tampoco existe en español, querría decir “de origen humano”]

[3] El Acuerdo de París (de 2015 y en vigor desde 2016) es el primer instrumento que establece compromisos vinculantes para combatir el cambio climático (artículo 2).

[4] En los últimos años se ha visto una ola de litigios vinculados al cambio climático, a lo largo del mapa y en diferentes formas, incluyendo: (i) demandas de organizaciones no gubernamentales (NGOs) para que los estados aumenten sus esfuerzos contra el cambio climático; (ii) disputas societarias sobre cómo alinear las estrategias corporativas con la descarbonización; y (iii) disputas por información engañosa respecto a proyectos catalogados como “verdes” (greenwashing); entre otras. Ver Joana Setzer y Catherine Higham, *Global trends in climate change litigation*, LSE, 2021, p. 5.

[5] Un informe de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) remarcó que las disputas relativas a sectores relevantes para el cambio

climático (como construcción, ingeniería, y energía) representan un alto porcentaje de sus casos. Ver *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, CCI, 2019, § 3.2.

[6] Por ejemplo, una Comisión de Pequeñas Islas sobre Cambio Climático y Derecho Internacional, que incluye a Antigua, Santa Lucía y otras islas (COSIS, por sus siglas en inglés), solicitó una opinión consultiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar para aclarar las obligaciones de los Estados para proteger el ecosistema marino bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Caso ITLOS No. 31/2022).

[7] La Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático, bajo varios tratados internacionales (Resolución de la Asamblea General No. A/77/L.58, 1 de marzo de 2023).

[8] El cambio climático presenta una variedad de desafíos en el ámbito del arbitraje internacional. Otro aspecto interesante, que excede el alcance de este trabajo, es cómo adaptar el proceso arbitral para disminuir su huella de carbono; por ejemplo, mediante el aumento de audiencias virtuales y el uso generalizado de documentos digitalizados, entre otras modalidades.

[9] A modo de ejemplo, esta protección suele reflejarse en normas similares a la siguiente: “Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”. Tratado Bilateral España-Venezuela (1995), artículo IV.1. Desde ya, otras protecciones como la prohibición de expropiación sin compensación también son relevantes.

[10] Ver otros ejemplos de este tipo de disputas en Ristead de Paor, “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won’t be A Next Time”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8/1, 2017, pp. 183-186.

[11] *Westmoreland Mining Holdings c. Canadá* (Caso CIADI No. UNCT/20/3), Notificación de Arbitraje, 12 de agosto de 2019, §§ 4-11; Laudo Final, §§ 5, 252. Se ha reportado también un potencial reclamo de una minera australiana contra España, en relación con una ley de transición energética que prohibió la minería del uranio. Ver “Miner threatens Spain over uranium ban”, *Global Arbitration Review*, 1 de febrero de 2021.

[12] *Kotch Industries c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB/20/52), Solicitud de Arbitraje, 7 de diciembre de 2020, §§ 2-9.

[13] Uniper finalmente desistió de su reclamo por haber llegado a un acuerdo con los Países Bajos. *Uniper SE y otros c. los Países Bajos* (Caso CIADI No. ARB/21/22), Orden de Discontinuación del Procedimiento, 17 de marzo de 2023, §§ 14-21.

[14] Este reclamo fue iniciado en 2012, previo al Acuerdo de París. Se ha reportado que las partes llegaron a un acuerdo. *Vattenfall c. Alemania* (Caso CIADI No. ARB/12/12), Orden de Discontinuación del Procedimiento, 9 de noviembre de 2021, § 313; “Germany to pay nuclear operators 2.6 billion euros for plant closures”, *Reuters*, 5 de marzo de 2021.

[15] Michael Waibel y otros, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010; Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potesta?, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?*, CIDS Report, 3 de junio de 2016, §§ 15-16. Estas primeras instancias en que el arbitraje (incluso el arbitraje comercial) se vio en observación incluyeron una serie de artículos del diario *New York Times*. Ver Michael McIlwrath, “Professionalizing Arbitration: A Response to the *New York Times* Articles on Privatizing Justice”, *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2015.

[16] Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potesta?, informe citado en nota precedente, §§

18-23.

[17] Ver Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potesta?, *ibid.*; Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potesta?, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards*, CIDS Supplemental Report, 15 de noviembre de 2017. Ver, también, en la página de internet de la Comisión Europea: .

[18] Ver en la página de internet de la UNCTAD: .

[19] Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2023, p. 1499.

[20] David R. Boyd, *Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos*, Documento ONU A/78/168, 13 de julio de 2023.

[21] *Ibid.*, § 11.

[22] *Ibid.*, §§ 7, 12, 34, 73.

[23] Por ejemplo, el Relator Especial indica que los inversores han ganado aproximadamente un 60% de los casos (entre 1987 y 2017). *Ibid.*, § 31. Asimismo, un informe de UNCTAD indica que de los cientos de casos relativos a medio ambiente y combustibles fósiles (entre 1987 y 2002), los inversores ganaron menos del 40% de las veces. Ver *Treaty-based investor-state dispute Settlement cases and climate action*, UNCTAD (volumen 4, septiembre de 2022), p. 3 (figura 2), p. 5 (figura 6).

[24] Ver UNCTAD Investment Policy Hub, , página principal. En el resto de los casos (i) se estableció la responsabilidad del estado sin daños para el inversor; (ii) se llegó a un acuerdo transaccional; o (iii) fueron discontinuados.

[25] David R. Boyd, informe citado, §§ 49-52.

[26] Si la mera amenaza de reclamos contra el estado fuera un motivo válido para criticar un sistema de justicia, pues entonces habría que cerrar las cortes estatales donde la cantidad de litigios contra los estados relativos al cambio climático es abrumadoramente mayor. Un informe de la London School of Economics indica que, a 2021, existían al menos 1.800 litigios ante cortes estatales. Es cierto que, en esos litigios, se demanda la adopción de medidas de descarbonización aún más agresivas, poniendo mayor presión a los estados. Ver Joana Setzer and Catherine Higham, “Global trends in climate change litigation”, LSE (2021), p. 5.

[27] Un estudio reveló que, de más de sesenta laudos dictados en los últimos años (bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía), si bien algunos refirieron al cambio climático, ninguno lo discutió sustancialmente. Ver Anja Ipp, Annette Magnusson y Andrina Kjellgren, “The Energy Charter Treaty, climate change and clean energy transition: a study of the jurisprudence”, *Climate Change Counsel* (2022), p. 32. Existen algunos precedentes en los cuales se han discutido cuestiones relativas al Protocolo de Kyoto. Ver Declaración de la Corte Permanente de Arbitraje al Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión No. 73 (octubre de 2018), § 26.

[28] Ver Wendy Miles y Merryl Lawry-White, “Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (volumen 34/1 de 2019), pp. 18-22.

[29] Lucy Greenwood, “The Canary Is Dead: Arbitration and Climate Change”, *Journal of International Arbitration*, vol. 38, 2021/3, p. 317.

[30] También surgirán nuevas cuestiones que la jurisprudencia deberá analizar cuidadosamente, como la valuación de proyectos fósiles en una economía en transición.

[31] Algunos tratados de inversión han limitado expresamente la obligación de mantener estabilidad legal. Ver por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión entre Hungría y Kirguistán (2020), artículo 3(2).

[32] De esta forma, los estados también podrían reclamar a los inversores. Por ejemplo,

- Perú inició un arbitraje contractual contra un inversor, que luego fue desistido. Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía (Caso CIADI No. ARB/13/24).
- [33] Se trata de una colaboración entre el UNIDROIT y el Institute of World Business Law de la CCI. Ver .
- [34] David R. Boyd, informe citado, § 7.
- [35] Wendy Miles y Merryl Lawry-White, “Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, vol. 34, 2019-1, pp. 12-14; Markus Gehring y Marios Tokas, “Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements Comparative Analysis of Investment Liberalization and Investment Protection Provisions in European Union Agreements”, en S Maljean-Dubois, H. Ruiz Fabri y S. Schill (eds.) Special Issue: International Investment Law and Climate Change, vol. 23, 2022, pp. 782-789.
- [36] Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos de América (2012), artículo 12.
- [37] Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de India (2005), artículos 12.1(iii), 16.1(v).
- [38] Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la Unión Europea (2016), preámbulo, artículo 8.9(1) y (2).
- [39] Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (2016), artículo 9.16.
- [40] Tratado Bilateral de Inversión entre Marruecos y Nigeria (2016), artículos 13, 18(1).
- [41] Markus Gehring y Marios Tokas, “Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements Comparative Analysis of Investment Liberalization and Investment Protection Provisions in European Union Agreements”, en S Maljean-Dubois, H. Ruiz Fabri y S. Schill (eds.) Special Issue: International Investment Law and Climate Change, Journal of World Investment & Trade, vol. 23, 2022, pp. 782-786.
- [42] Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Países Bajos, artículos 6.6 y 7.3.
- [43] “Corporate Responsibility (CR) Series”, Lalive (edición 5 de 2022), p. 1.
- [44] Tratado sobre la Carta de la Energía (1994), preámbulo, artículo 19.
- [45] Perenco c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/6), Decisión Provisional sobre Reconvenimiento Ambiental, 11 de agosto de 2015, § 495.
- [46] Eco Oro c. Colombia (Caso CIADI No. ARB/16/41), Disidencia Parcial del Profesor Sands, 9 de septiembre de 2021, §§ 28, 33.
- [47] David Aven c. Costa Rica (Caso CIADI, No. UNCT/15/3), Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, § 585.
- [48] Cortec Mining c. Kenya (Caso CIADI No. ARB/15/29), Laudo, 22 de octubre de 2018, §§ 345-347, 364-365.
- [49] Lee-Chin c. República Dominicana (Caso CIADI No. No. UNCT/18/3), Laudo Final, 6 de octubre de 2023, § 238. Ver Rodrigo Macin y Liliana Perez, “Environmental Protection Policies and Foreign Investment in Latin America: Lessons from Michael Anthony Lee-Chin v. the Dominican Republic”, Kluwer Arbitration Blog, 7 de enero de 2024.
- [50] David R. Boyd, informe citado, §§ 53, 60, 74.
- [51] Suez c. Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, § 240; Urbaser c. Argentina (Caso CIADI No. No. ARB/07/26), Laudo, 8 de diciembre de 2016, §§ 1193-1199. Ver Ursula Kriebaum, “The Right to Water Before Investment Tribunals”, Brill, 28 de noviembre de 2018, pp. 24, 28. Por otro lado, en Bear Creek c. Perú, se discutió el concepto de “licencia social” para que los proyectos de explotación de recursos naturales preserven los derechos de las comunidades indígenas. Bear Creek Mining Corporation c. Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21), Laudo, 30 de noviembre de 2017, § 406.
- [52] Suez c. Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de

julio de 2010, § 240.

[53] David R. Boyd, informe citado la acción climática y ambiental y los derechos humanos”, Documento ONU A/78/168, 13 de julio de 2023, §§ 21-26.

[54] Diego P. Fernández Arroyo, “La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones”, en Attila M. Tanzi y otros, *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects*, Brill, 2016, pp. 244-271.

[55] Farouk El-Hosseny y Ezequiel H. Vetulli, “Amicus Acceptance and relevance: The Distinctive Example of Philip Morris v. Uruguay”, *Netherlands International Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 76-77. Vale notar que, en las oportunidades en que se han transmitido audiencias, el interés del público ha sido limitado.

[56] Ver Farouk El-Hosseny y Ezequiel H. Vetulli, op. cit., pp. 78-86.

[57] David R. Boyd, informe citado, §§ 27-29.

[58] Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Resolución de Disputas Internacional de Inversión (2023), artículo 4. Entre otras especificaciones, la norma establece: “Unless the disputing parties agree otherwise, an Arbitrator shall not act concurrently as a legal representative or an expert witness in any other proceeding involving: (a) The same measure(s); (b) The same or related party (parties); or (c) The same provision(s) of the same instrument of consent”.

[59] David R. Boyd, informe citado, §§ 30-32.

[60] Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia), PCIJ (Serie A, No. 13 de 1928), p. 47.

[61] David R. Boyd, informe citado, §§ 74-75.

[62] Un informe de la UNCTAD indica que, entre 2013 y 2022, los estados han terminado unos 400 tratados de inversión. Ver “Trends in the investment treaty regime and a reform toolbox for the energy transition”, UNCTAD (volumen 2 de agosto de 2023), p. 4 (figura 3).

[63] Ver Johannes Tropper y Kilian Wagner, “The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty - A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?”, en S Maljean-Dubois, H. Ruiz Fabri y S. Schill (eds.), loc. cit., pp. 821-824.

[64] David R. Boyd, informe citado, § 75(c)(v).

[65] Ver por ejemplo, Urbaser c. Argentina (Caso CIADI No. No. ARB/07/26), Laudo, 8 de diciembre de 2016, § 1110; David Aven c. Costa Rica (Caso CIADI, No. UNCT/15/3), Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, § 689; Perenco c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/6), Decisión Provisional sobre Reconvenimiento Ambiental, 11 de agosto de 2015, § 5; y Burlington c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, § 87.

[66] Por ejemplo, en Vattenfall c. Alemania la propia Corte Constitucional Alemana confirmó que el inversor debía ser compensado. Ver Nikos Lavranos “The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall case: Lessons for the ECT Vattenfall Arbitral Tribunal”, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de diciembre de 2016.

[67] La encuesta de Queen Mary University of London sobre el Futuro del Arbitraje Internacional de Energía (2022) indica que solo el 25% de las respuestas consideró que el arbitraje fuera apropiado para resolver disputas relativas al cambio climático (p. 6).

[68] “We’re losing the ISDS fight, warns Mourre”, *Global Arbitration Review*, 19 de enero de 2024.

[69] El hidrógeno verde, por ejemplo, es tan atractivo como costoso. Esta coyuntura es particularmente relevante en Latinoamérica, donde reposan inmensas cantidades de recursos naturales.

[70] Ristead de Paor, “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won't be A Next Time”, *Journal of International Dispute Settlement* (volumen 8/1 de 2017), p. 190.

[71] Wendy Miles y Merryl Lawry-White, loc. cit, pp. 26-30. Por ejemplo, desde 2001, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA) ofrece reglas de arbitraje para disputas

sobre recursos naturales y medio ambiente. Esta opción, sin embargo, no ha sido tan utilizada en la práctica.

[72] Por ejemplo, el arbitraje internacional es una de las principales opciones para resolver disputas bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de 1998) (anexos VII y VIII). Asimismo, la UNFCCC contempla al arbitraje como uno de los posibles métodos de resolución de disputas, así como la jurisdicción del Corte Internacional de Justicia, aunque el método principal es la conciliación (artículo 14). El Acuerdo de París adopta la misma solución que la UNFCCC (artículo 24). Ver Wendy Miles y Merryl Lawry-White, loc. Cit., pp. 7-9.

[73] Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 16.3 sobre paz, justicia e instituciones sólidas (“Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”).

[74] Por ejemplo, Brasil es uno de los pocos países que no participa en el sistema de protección de inversiones actual y, así todo, recibe un importante flujo de inversiones extranjeras.

[75] Peter Allard c. Barbados (Caso CPA No. 2012-06), Laudo, 27 de junio de 2016, §§ 33-34, 43, 50, 178, 244, 252, 266.

[76] Perenco c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/6), Laudo, 27 de septiembre de 2019, § 1023(b); Burlington c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017, § 1099.

[77] Ver Wendy Miles y Merryl Lawry-White, loc. cit., pp. 15-17.

[78] Por ejemplo, el artículo 26(6) del Tratado sobre la Carta de la Energía (1994) establece que el tribunal “decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables”. Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), artículo 31.3.c.

[79] Respecto a la posibilidad de aplicar otros tratados internacionales a las disputas de inversión (además del tratado de inversión en cuestión), ver Stephan W. Schill (ed.), Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention, Cambridge University Press, 3ª ed., 2022, pp. 867-868 (§§ 236-237).