

Raul A. Ruiz Aguirre* (Venezuela)
Sebastián J. Zabaleta Cedeño** (Venezuela)
Daniel A. Yáñez Roo*** (Venezuela)

La incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones

RESUMEN

Este artículo estudia la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones como un problema latente a nivel mundial. El sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) ha sido fuertemente criticado por mermar la acción climática que los Estados deben emprender para lograr los objetivos fijados en el Acuerdo de París y en otros instrumentos internacionales. Particularmente, el arbitraje de inversión como mecanismo característico del SCIE ha recibido fuertes críticas por favorecer efectos adversos, como el *regulatory chill*. Ante esta situación, el artículo propone una breve revisión de la confluencia entre los dos ámbitos, para reflexionar sobre la dirección que están tomando los acuerdos internacionales de inversión (AI) para ser compatibles con el cambio climático.

Palabras clave: cambio climático; derecho al medio ambiente; derechos humanos; derecho internacional de las inversiones; reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

The Impact of Climate Change on International Investment Law

ABSTRACT

This article studies the impact of climate change on international investment law as a latent global problem. The Investor-State Dispute Settlement System (ISDS) has

* Estudiante de derecho, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). raulantonioruizaguirre@gmail.com / <https://orcid.org/0009-0001-6028-7635>

** Abogado cum laude, Universidad Central de Venezuela (UCV). jrzabaleta.50@gmail.com / <https://orcid.org/0009-0004-0272-2346>

*** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). danielyanezo403@gmail.com / <https://orcid.org/0009-0001-6173-3799>

been heavily criticized for undermining the climate actions that must be undertaken by states to achieve the goals set out in the Paris Agreement and other international instruments. In particular, investment arbitration, as the characteristic mechanism of ISDS, has been strongly criticized for promoting adverse effects such as regulatory chill. In this context, the article proposes a brief overview of the confluence between the two fields, in order to reflect on the direction that international investment agreements (IIAs) are taking to become compatible with climate change.

Keywords: Climate change; environmental law; human rights; international investment law; reform of the Investor-State Dispute Settlement System.

Auswirkungen des Klimawandels auf das internationale Investitionsrecht

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel untersucht die Auswirkungen des Klimawandels auf das internationale Investitionsrecht als ein weltweit latentes Problem. Das System der Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) ist heftiger Kritik ausgesetzt, weil es die Aktionen beeinträchtigt, die von den Staaten für die Erreichung der im Pariser Abkommen und anderen internationalen Instrumenten vereinbarten Klimaziele festgelegt wurden. Vor allem die Investitionsschiedsverfahren als charakteristischer ISDS-Mechanismus wurden heftig kritisiert, weil sie zu entgegengesetzten Ergebnissen, z. B. einem regulatory chill führen. Angesichts dieser Situation stellt der Beitrag kurz den Zusammenfluss der beiden Bereiche dar, um der Frage nachzugehen, in welche Richtung sich die internationalen Investitionsabkommen (IIA) entwickeln, um mit dem Klimawandel kompatibel zu sein.

Schlagwörter: Klimawandel; Anspruch auf Umwelt; Menschenrechte; internationales Interventionsrecht; Reform der Investor-Staat-Schiedsverfahren.

Introducción

El derecho a un medio ambiente sano se encuentra garantizado en una gran variedad de textos constitucionales;¹ su constitucionalización solo refleja la relevancia de este derecho en el desarrollo de una vida digna. Es más, el derecho a un medio ambiente sano ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos. En la actualidad, el cambio climático ha generado estragos que afectan el goce y disfrute de ese derecho, pero en especial existe una idea de que las inversiones internacionales más contaminantes se han aprovechado de los acuerdos

¹ Jaume Vernet y Jordi Jaria, “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 525-533.

internacionales de inversión (AII)² cuando las regulaciones dirigidas a mitigar o adaptarse a los efectos del cambio climático no eran convenientes para el curso de la inversión, reclamando compensaciones y accediendo al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).

En consecuencia, es importante estudiar cuál es la relación entre las obligaciones de los Estados de garantizar el derecho al medio ambiente y la formulación de los AII que han suscrito con otros Estados, dado que si esos AII van en detrimento del derecho al medio ambiente, entonces cabría afirmar que, para garantizar este derecho, hay que reformar dichos AII. Al menos esta es la narrativa que esgrime cierto sector del foro internacional, pero entender este argumento requiere un estudio mesurado de la situación y un análisis de las posibles soluciones.

Las inversiones internacionales representan un factor de gran relevancia para el crecimiento de todas las economías, pero a menudo no se considera cómo dichas inversiones pueden generar un impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos del país donde actúa un inversionista extranjero. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change)³ publicó un informe en 2022, donde afirma que el SCIE es utilizado para proteger la actividad petrolífera,⁴ lo que afecta, en consecuencia, el medio ambiente y, en ocasiones, frustra la actividad regulatoria de los Estados dirigida a la protección de ciertos derechos.

Esta afirmación fue ampliada por el relator especial en materia de derechos humanos y medio ambiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando expresó:

En un momento en que es imprescindible que los Estados intensifiquen la acción climática [...] *ha surgido un obstáculo colosal. Los inversionistas extranjeros han convertido en arma un proceso de arbitraje internacional, caracterizado por el secretismo, que se conoce como solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) y que está previsto en miles de acuerdos internacionales de inversión (AII), la mayoría de ellos tratados bilaterales de inversión.*⁵ (Énfasis agregado)

² Se utilizará AII para hablar de tratados bilaterales de inversión (TBI), tratados multilaterales de inversiones, tratados de libre comercio (TLC) y acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), por igual. En este trabajo no se consideran los contratos internacionales de inversión.

³ Organización Meteorológica Mundial, Resolución 4 de 1998 (EC-XL), Grupo Intergubernamental de Expertos para Analizar el Cambio Climático.

⁴ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change*, Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, 1.506.

⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, 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, Res. A/78/168 de 2024.

Las conclusiones del relator David R. Boyd no son nuevas en el foro de la Organización de las Naciones Unidas. En 2010, la ONU Comercio y Desarrollo (antes Unctad - United Nations Conference on Trade and Development)⁶ publicó un reporte en el que se denunciaba que los AII tienen una naturaleza de doble filo, por cuanto eran un elemento indirecto que promocionaba la inversión extranjera directa, pero también podían limitar las prerrogativas regulatorias de los Estados en materia de cambio climático⁷ al exponerlos a litigios sumamente onerosos. En 2022, esta misma organización estimó que al menos 175 casos de arbitrajes de inversión consistían en reclamos propiciados por medidas destinadas a proteger el ambiente,⁸ por lo que es posible afirmar que medidas tomadas en cumplimiento de la acción climática han sido objeto de disputas internacionales.

Hoy en día es relevante comprender cómo el SCIE se relaciona con los derechos humanos y, particularmente, las cláusulas de apertura que convierten esos derechos en fundamentales de conformidad con las constituciones de cada país. Aunado a lo anterior, el diálogo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de cada Estado⁹ ha venido redefiniendo el rol de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y la garantía de derechos, por lo que ahora es importante evaluar el impacto del SCIE a la luz de esas obligaciones. De lo contrario, se estaría dejando de evaluar una pieza importante del rompecabezas para la protección de los derechos humanos.

Lo anterior implica comprender que el constitucionalismo se manifiesta de varias maneras y una de ellas consiste en el *ius constitutionale commune*, entendido como el complejo de normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan el ejercicio de la autoridad pública y que tienen como fin promover el bien común.¹⁰ En esta manifestación del constitucionalismo, el derecho internacional de las inversiones no juega un rol indistinto, especialmente si pretende contribuir a la realización del

⁶ ONU Comercio y Desarrollo, “UNCTAD se renombra como ‘ONU comercio y desarrollo’”, Unctad, 9 de abril de 2024, <https://unctad.org/es/news/unctad-se-renombra-como-onu-comercio-y-desarrollo>

⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010* (Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2010), 136-137.

⁸ Naciones Unidas, *International Investment Agreements Issues Note. Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action* (New York: ONU, 2022).

⁹ Constanza Núñez Donald, “Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución”, *Revista Ius et Praxis* 24, n.º 3 (2018): 381-384.

¹⁰ Armin von Bogdandy *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina (Iccal) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*, coord. por Armin von Bogdandy *et al.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 8.

ideal de un Estado de derecho.¹¹ Siguiendo esta lógica, los AII no pueden operar limitando la capacidad de los Estados de promover el bien común y garantizar el acceso y goce de los derechos humanos.

El derecho internacional de las inversiones surge como producto del nuevo orden económico internacional, del cual hay que decir que es nada más y nada menos que el paquete de reformas básicas de las reglas, los principios y las disposiciones que rigen el funcionamiento de las inversiones internacionales. Ahora bien, este es tan solo uno de los movimientos que dio inicio al derecho internacional de inversiones, pues en definitiva esta rama nace como “resultado de una realidad cambiante influenciada por la proliferación de conflictos que, a su vez, justifican su existencia”.¹²

Entonces, el derecho internacional de las inversiones es también “un sector del derecho internacional público en el cual el inversor podría reclamar directamente contra el Estado receptor de la inversión, existiendo la posibilidad de que solicite un arbitraje”;¹³ o, lo que es lo mismo, es el conjunto de reglas destinadas a atraer y proteger la inversión extranjera, de modo que controla la actividad del Estado receptor de la inversión. Reglas que por cierto guardan una relación indiscutible con otras disciplinas del derecho internacional público.

Por su lado, el derecho internacional ambiental comprende el marco jurídico y regulatorio que implementa la comunidad de Estados para solucionar los problemas ambientales a nivel global. En el marco de la promoción del desarrollo, como una actividad que comprende los esfuerzos académicos destinados a dejar atrás el subdesarrollo, se entendió que no podía alcanzarse un verdadero crecimiento si este iba en contra del medio ambiente, por lo que ahora los esfuerzos de los Estados al respecto tendrían presente que no podrían, bajo ningún concepto, transgredir el medio ambiente. En este sentido, el derecho internacional ambiental¹⁴ ha tomado

¹¹ Thomas Schultz y Cédric Dupont, “Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study”, *The European Journal of International Law* 25, n.º 4 (2014): 1163-1165.

¹² Borja Álvarez Sanz y Ana Isabel Fernández Alonso, “Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones”, en *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*, coord. por Jorge Luis Collante González (Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023), 50.

¹³ Jorge Luis Collantes González, “El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución”, en *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*, coord. por Jorge Luis Collante González (Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023), 14; Sebastián López, “El buen gobierno en los proyectos de tratado de inversión de la OCDE”, en *Chile en el club de los países desarrollados* (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010), 191. De acuerdo con el autor, el derecho internacional de la inversión se estructura en torno al concepto de buen gobierno. También conocido como buena gobernanza, este busca garantizar al inversionista extranjero una administración transparente, coherente y responsable por parte del gobierno anfitrión, que asegure un Estado de derecho efectivo.

¹⁴ Lavanya Rajamani y Jacqueline Peel, “International Environmental Law. Changing Context, Emerging Trends and Expanding Frontiers”, en *The Oxford Handbook of International*

un rol protagónico en la consecución de la promoción del desarrollo, especialmente porque se ha incluido en la concepción de este la protección del medio ambiente¹⁵ y, congruentemente, los Estados han recogido obligaciones en relación con el derecho a un medio ambiente sano.

Dentro del derecho internacional ambiental es posible ubicar las normas que se refieren al cambio climático. En este artículo no se abordará la autonomía de esas normas sobre cambio climático como una rama del derecho.¹⁶ Por lo que bastará con aclarar que se estudian los tratados y las declaraciones internacionales, los acuerdos regionales, las decisiones y opiniones consultivas y los instrumentos de *soft law*, que han tocado la materia del cambio climático, ya sea para la mitigación de sus efectos o para lograr la adaptación a estos.

Es importante entender que el “objetivo de conservar y mejorar el medio ambiente se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico internacional, en el que ocupa hoy el lugar de un verdadero programa constitucional”.¹⁷ De modo que el derecho internacional ambiental, junto con los instrumentos específicos del cambio climático, no solo forman parte de la estrategia de promoción del desarrollo, sino que también representan un elemento fundamental para la consecución de un programa constitucional congruente con los derechos humanos. En ese sentido, las obligaciones que tienen los Estados de proteger los derechos humanos perfectamente podrían extenderse también a los AII como una expresión de su actividad soberana.

Para entender la afirmación anterior y su relevancia en este artículo, es menester entender el movimiento de la mundialización o globalización de los derechos humanos como la instauración de un estatuto jurídico transnacional con independencia de la jurisdicción y de la nacionalidad.¹⁸ Esto incide directamente en la esfera constitucional de cada país, ya que han transitado hacia un modelo constitucional en el que le dan cabida al derecho internacional de los derechos humanos, ora

Environmental Law, ed. por Lavanya Rajamani y Jacqueline Peel (New York: Oxford University Press, 2021), 2. En definitiva, comprende el marco jurídico y regulatorio que implementa la comunidad de Estados para solucionar los problemas ambientales a nivel global.

¹⁵ Victoria Abellán Honrubia, “El derecho internacional económico (I): La promoción del desarrollo”, en *Instituciones de derecho internacional público*, ed. por Manuel Diez de Velasco (Madrid: Editorial Tecnos, 2007), 728-729.

¹⁶ Cfr. Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law* (New York: Oxford University Press, 2017), 11, con quienes compartimos opinión; y J. B. Ruhl y James Salzman, “Climate change meets the law of the horse”, *Duke Law Journal* 62, n.º 5 (2013): 975-1027, para una revisión más amplia del problema.

¹⁷ Fernando Mariño Menéndez, “La protección internacional de medio ambiente (I): Régimen general”, en *Instituciones de derecho internacional público*, ed. por Manuel Diez de Velasco (Madrid: Editorial Tecnos, 2007), 768.

¹⁸ Carlos Ayala Corao, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, coord. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 95-96.

integrándolo en sus ordenamientos, ora acogiendo al mismo mediante la suscripción de tratados internacionales.¹⁹

Esto último tiene que ver con la concepción de nuevas nociones de Estado, derecho y soberanía. Así, luego de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de soberanía estatal deja de ser una cuestión excluyente de cada Estado y pasa a ser un concepto sometido a la persona como sujeto de derechos, lo que produce la soberanía de los derechos que “justifica, obliga y limita el poder de los Estados a actuar y a limitarse, desde una doble fuente: la constitucional y la internacional”.²⁰

De este nuevo concepto deviene el principio de fiel adecuación, consistente en la recepción por los Estados de los criterios establecidos en la interpretación autorizada de normas de derecho internacional de los derechos humanos, en donde se realiza el contacto entre el derecho constitucional y el derecho internacional.²¹ El estudio del *corpus iuris* en materia de cambio climático cobra entonces relevancia en la medida que el derecho al medio ambiente sano y a la vida se puede ver afectado por las inversiones internacionales y los AII.

Para estudiar la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, este artículo abarca tres objetivos principales: en primer lugar, explicar el desarrollo y la evolución del *corpus iuris* del cambio climático. En segundo lugar, abordar la relación del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones. En tercer lugar, analizar las propuestas más elementales en la reforma de los AII, a la luz de los efectos negativos producidos por el cambio climático.

De esta manera, al estudiar estas cuestiones es posible responder cómo ha incidido el cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, especialmente a la luz del vínculo que existe entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los objetivos de desarrollo sostenible.²²

En consecuencia, la relevancia de esta investigación queda circunscrita a la protección del medio ambiente como un derecho humano, que es efectivamente garantizado por el derecho internacional en sus distintas vertientes, y que se ve afectado por el desarrollo del derecho internacional de las inversiones. Debido a los compromisos cada vez más numerosos y urgentes en relación con el cambio climático, es necesario estudiar los AII como objeto de esos compromisos, pues solo así los Estados podrán salvaguardar los derechos humanos de sus nacionales.

¹⁹ Por ejemplo, el profesor Casal Hernández relata esta situación en el contexto de Latinoamérica. Ver Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo* (Caracas: Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, 2015), 67.

²⁰ Carlos Ayala Corao, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos (la internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados)* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024), 47.

²¹ *Ibid.*, 67-68.

²² Naciones Unidas, Asamblea General, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. El objetivo número 13 es el de adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático, Res. A/RES/70/1 de 2015.

1. Evolución de la regulación sobre cambio climático y su incidencia

Este artículo pone de relieve la necesidad de realizar un recorrido histórico por los distintos instrumentos jurídicos internacionales, tanto de carácter general o marco²³ como vinculantes y de carácter referencial, que han marcado pautas y normas para regular la interacción del ser humano con el medio ambiente a lo largo del tiempo.

En esta sección se hará referencia a la evolución transversal que han tenido los distintos instrumentos internacionales en materia de cambio climático en el tiempo, evaluando cómo su progresión puede estar ejerciendo una presión en la reforma de los AII y del SCIE, impulsada por la relevancia de las políticas ambientales.

Con base en lo anterior, cabe precisar las obligaciones previstas en los AII en sentido abstracto, por ser hoy en día relevantes para lograr el desarrollo sostenible, y el balance entre la protección al medioambiente y los derechos de los inversionistas. Se podrían nombrar, *grosso modo*, al menos seis obligaciones sustantivas presentes en los AII: 1) el trato justo y equitativo, 2) el trato no discriminatorio, 3) el trato de la nación más favorecida y sus variaciones, 4) la prohibición de expropiación directa o indirectamente, 5) el derecho a la libre transferencia de las ganancias y 6) el estándar de la plena protección y seguridad.²⁴

No obstante, en la práctica, el escaso cumplimiento de estas obligaciones y las dificultades para obtener las indemnizaciones ordenadas por tribunales arbitrales, junto con la limitada perspectiva y entendimiento de los factores contextuales, han hecho que los AII resulten ineficaces e insuficientes para enfrentar los retos que se presentan en la actualidad.²⁵

1.1. La creación del Acuerdo de París

El Acuerdo de París²⁶ se erige como una consecuencia ineludible y necesaria de la constante evolución en la regulación de la actividad comercial global y del deterioro de medio ambiente producto del cambio climático. Es, para quienes lo suscriben,

²³ Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, un acuerdo marco es aquel “Acuerdo normativo al que han de ajustarse otros de carácter más concreto”, <https://dpej.rae.es/lema/acuerdo-marco>

²⁴ Tatiana B. de Maekelt, “Los tratados de promoción y protección a la inversión extranjera y la emergencia económica” en Homenaje a Tomás Carrillo Batalla, Tomo II, coord. por Asdrúbal Grillet Correa (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009), 1010.

²⁵ Jonathan Bonnitca y Sarah Brewin, “Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?”, *Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible* (2020), [compensation-investment-treaties-es.pdf](https://www.iisd.org/publications/compensation-investment-treaties-es.pdf) (iisd.org)

²⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, [spanish_paris_agreement.pdf](https://unfccc.int/spanish_paris_agreement.pdf) (unfccc.int)

una consecuencia necesaria de la crisis climática que ha venido gestándose con el paso del tiempo.

Para comprender a cabalidad las bases que sustentan el Acuerdo de París, es fundamental remontarse a 1972, cuando tuvo lugar la Cumbre de la Tierra en Estocolmo. Este evento histórico marcó un hito al convertirse en la primera gran conferencia internacional dedicada a temas ambientales, lo que dio origen a la Declaración de Estocolmo,²⁷ el primer texto fundamental, aunque no vinculante, sobre principios de preservación ambiental a nivel global. Esta cumbre fue el primer paso hacia un consenso sobre las profundas y significativas repercusiones ambientales que la actividad humana ha dejado en el planeta, sentando un precedente en la atención al cambio climático.

En 1979, la Conferencia Mundial sobre el Clima celebrada en Ginebra (Suiza) marcó otro hito, al reconocer por primera vez el cambio climático como una amenaza real e inminente, que requería acciones urgentes de mitigación, siendo una preocupación netamente climática.²⁸ Casi una década después, Montreal (Canadá) albergó otro avance crucial en la protección ambiental: el Protocolo de Montreal, considerado por muchos como el acuerdo internacional más exitoso en la materia. El exdirector del Departamento de Políticas y Desarrollo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Olav Kjørven, lo resumió de la siguiente manera:

En el momento de su adopción en 1987, el Protocolo estaba a la vanguardia, porque demostraba la aceptación de la comunidad internacional del primer acuerdo internacional multilateral y jurídicamente vinculante sobre el medio ambiente, lo que anunciaba el comienzo de una nueva era de responsabilidad en materia de medio ambiente.²⁹

A pesar del notable progreso que representó el Protocolo de Montreal, los desafíos en materia de desarrollo sostenible y mitigación del cambio climático persistían. El concepto de inversión y gasto público inteligente aún era incipiente en la época, y los esfuerzos eran insuficientes para calibrar la situación medioambiental. En 1992, la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (Brasil) abordó temas cruciales como el desarrollo sostenible, las energías renovables, las inversiones y el cambio climático. En el marco de esta cumbre, resultó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de la cual se quiere destacar el Principio 2:

²⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo, Res. 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII, 1972, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD_SP.pdf?sequence=5&isAllowed=y

²⁸ Organización Meteorológica Mundial, *World Climate Conference. A Conference of Experts on Climate and Mankind Declaration and Supporting Documents* (Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 1979).

²⁹ Jay Dowle et al., *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono: 20 años de éxito* (Nueva York: PNUD, 2007).

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.³⁰

Asimismo, de la declaración anterior también se observa en su principio 11:

Los Estados *deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente*. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales *deberían reflejar el contexto ambiental* y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.³¹ (Énfasis agregado)

En este sentido, es posible llegar a diversas conclusiones. En principio, de la Declaración de Río se desprende la primera ocasión en la cual, de forma expresa, los Estados se comprometen a implementar estrategias y políticas que mitiguen el cambio climático; asimismo, los Estados, como veladores y garantistas del cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales en relación con los derechos humanos, se comprometen a emprender una actividad legislativa a través de la que se garanticen los derechos humanos y, de conformidad con el contexto ambiental de cada Estado, se busquen soluciones que mitiguen los efectos de cambio climático.

Seguidamente, en diciembre de 1997 se aprobó el Protocolo de Kioto, un acuerdo internacional y multilateral que establece por primera vez la necesidad de que países desarrollados e industrializados o con economías de transición reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero.³² Expresamente en su artículo 3, el Protocolo establece que “las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades”.³³

Es decir, además de ratificar el compromiso de los Estados para con la mitigación del cambio climático, resalta que si bien son responsabilidades comunes, se deben evaluar las situaciones particulares de cada Estado, tomando en cuenta su capacidad

³⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, A/CONF.151/26 (Vol. I), Río de Janeiro, principio 2, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

³¹ *Ibid.*, principio 11.

³² José Monzonís Salvia, “El Protocolo de Kioto”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 35 (2005): 19-39.

³³ Naciones Unidas, Conferencia de las Partes, Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 de 1997.

económica, política y estructural, para establecer proyectos ambientales adecuados a la necesidad y capacidad de cada uno. Esto, si bien no se establece expresamente, se deriva de lo señalado a lo largo del Protocolo.

Sin embargo, dicho Protocolo ha generado diversas opiniones en la doctrina conforme a su aplicación y efectividad, ya que se centra en la reducción de gases, pero no en la implementación de políticas específicas, generalizadas y sostenibles que hagan posible la reducción de los mismos, por lo que no ha obtenido resultados significativos.³⁴ Aunado a lo anterior, el Protocolo estaba concebido, en su génesis, para ser aplicado en países desarrollados o en vías de desarrollo con capacidad económica suficiente para ejecutar dichas políticas, lo cual restringió aún más su eficiencia y campo de acción.

Esto, a juicio de la comunidad internacional, limitaría la actividad industrial y económica de los Estados, por lo que estos han tenido significativos problemas para poder firmar y ratificar dicho Protocolo. Un caso específico de esto es Estados Unidos, que planteó ante el Congreso la posible firma y ratificación del texto normativo vinculante, y recibió respuesta negativa por ser considerado una “carga intolerable para su economía”.³⁵

Ha habido avances significativos sobre la concepción del cambio climático y cómo este repercute directamente en la evolución y el desarrollo sostenible de un Estado,³⁶ lo que ha provocado que la preocupación y atención al cambio climático sea transversal, pero el verdadero cambio de paradigma vino con la aprobación del Acuerdo de París, en la 21.ª Conferencia de las Partes, llevada a cabo en París, Francia.

Este Acuerdo, suscrito hasta el día de hoy por más de 190 países, es el resultado de un continuado esfuerzo por parte de los Estados, no solo por reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, sino por trabajar en aras de construir una base sólida que les permita el desarrollo sostenible, el progreso de la economía y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), promoviendo así inversiones seguras, que sean mínimamente lesivas para el ambiente. De acuerdo con lo anterior, es de destacar lo establecido en el artículo 7.1 de este texto normativo:

Artículo 7.1. Por el presente, las Partes establecen el objetivo mundial relativo a la adaptación, que consiste en aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con

³⁴ Carlos M. Duarte, “El Protocolo de Kioto: ¿logro o fracaso?”, *El Español*, 5 de enero de 2018, https://www.elespanol.com/ciencia/20180105/protocolo-kioto-logro-fracaso/272842718_12.html

³⁵ Liliana Rodríguez S., “Protocolo de Kyoto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático”, *Gestión y Ambiente* 10, n.º 2 (2007): 119-128.

³⁶ Luis Miguel Galindo *et al.*, *Ocho tesis sobre el cambio climático y el desarrollo sostenible en América Latina* (Santiago de Chile: Cepal, 2015), 18, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3c816do4-94d8-41e5-bdbf-9f3a96c8618a/content>

miras a contribuir al desarrollo sostenible y lograr una respuesta de adaptación adecuada en el contexto del objetivo referente a la temperatura que se menciona en el artículo 2.

Cabe destacar que el Acuerdo de París, según Matteo Hoffman, es “un medio, mas no un fin”.³⁷ Por lo que se necesita imperativamente que a nivel doméstico los Estados propicien las condiciones específicas para que el desarrollo sostenible sea viable y el hecho de invertir en una situación favorable sea parte de esos incentivos que tengan los inversionistas, que los haga cumplir voluntariamente con estas cláusulas ambientales propuestas por el Estado, que prevén la garantía y protección del ambiente mediante políticas de cero tolerancia a las inversiones altamente contaminantes, teniendo en cuenta que uno de los fines del Acuerdo de París es la adaptación al cambio climático.

Sin embargo, una de las críticas que se le ha hecho a este Acuerdo, desde el punto de vista del objeto de este artículo, es que más allá de ser vinculante y de que se ha utilizado en diferentes ocasiones como base jurídica de acuerdos como el Pacto Verde Europeo (European Green Deal), no permite establecer un balance entre las obligaciones y los derechos de los inversionistas, especialmente en vista de las necesidades de cada continente y tomando en cuenta las condiciones contextuales de los mismos.

1.2. El desarrollo de acuerdos regionales

De esta necesidad de generar consensos que estén más adaptados y adecuados a los contextos particulares de cada continente, nace el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, mejor conocido como Acuerdo de Escazú, adoptado en Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.³⁸

Este Acuerdo Regional está dirigido a América Latina y el Caribe, y su fin es garantizar los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades estatales. La Asociación Ambiente y Sociedad, de Colombia, lo distingue como “un acuerdo

³⁷ Matteo Hoffman, “El Acuerdo de París funciona según lo previsto, pero aún queda un largo camino por recorrer”, *International Science Council Blog*, 1 de noviembre de 2022, <https://es.council.science/blog/the-paris-agreement-is-working-as-intended-but-weve-still-got-a-long-way-to-go/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20es%20un%20medio%2C%20no,ambici%C3%B3n%20y%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20sus%20planes%20clim%C3%A1ticos>

³⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA), Acuerdo de Escazú: sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe del 4 de junio de 2018, OEA, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content>

visionario y sin precedentes, negociado por y para los países de América Latina y el Caribe, que refleja la ambición, las prioridades y las particularidades de la región”.³⁹

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha catalogado el Acuerdo de Escazú como fundamental para “generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles”.⁴⁰ En el marco de este análisis, los artículos 8.1 y 10.1 del Acuerdo son específicamente relevantes:

Art. 8.1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.

[...]

Art.10.1. Para contribuir a la implementación de las disposiciones del presente Acuerdo, cada Parte se compromete a crear y fortalecer sus capacidades nacionales, sobre la base de sus prioridades y necesidades.

Con base en estos artículos, el Acuerdo Regional es considerado sumamente innovador por involucrar aspectos de justicia climática a nivel regional y nacional,⁴¹ dando un paso más hacia un proceso que favorece la implementación efectiva y eficiente de los AII e incentiva el equilibrio la relación Estado-inversionista.

Así las cosas, en la realidad latinoamericana existe una estrecha relación entre el cambio climático y la afectación de los derechos humanos,⁴² y un medio ambiente más sano puede contribuir a que todos los seres humanos gocen plenamente de sus derechos.⁴³ Con esto como punto de partida, algunos Estados latinoamericanos han desarrollado jurisprudencia sobre la concepción de la naturaleza y la necesidad de protegerla, sobre todo en casos de sobreexplotación ambiental e inversiones no sostenibles (INS). Esto puede observarse claramente en casos como el río Atrato⁴⁴

³⁹ Asociación Ambiente y Sociedad, “Colombia necesita el Acuerdo de Escazú”, 2021, <https://www.ambienteysociedad.org.co/colombia-necesita-el-acuerdo-de-escazu/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Escaz%C3%BA%20es%20un%20tratado%20visionario,y%20la%20protecci%C3%B3n%20ambiental%20desde%20una%20perspectiva%20regional>

⁴⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), “Banca multilateral y OCDE consideran fundamental el Acuerdo de Escazú para generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles”, 8 de marzo de 2022, <https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es/noticias/banca-multilateral-ocde-consideran-fundamental-acuerdo-escazu-generar-un-clima-inversiones>

⁴¹ Nicole Stopfer, Marie Christine Fuchs y Georg Dufner, “El Acuerdo de Escazú. Luces y sombras de la política medioambiental regional”, *Agenda Estado de Derecho*, 23 de abril de 2021, <https://agendaestadodederecho.com/el-acuerdo-de-escazu/>

⁴² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo, Res. 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII, 1972, [n7303907.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declaracion_estocolmo.html) (un.org)

⁴³ Naciones Unidas, Asamblea General, Protección del medio ambiente y desarrollo, A/RES/45/94 de 1994, <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/572/57/img/nro57257.pdf>

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, pronunciada por la Sexta Sala de Revisión.

y la Amazonia⁴⁵ en Colombia, en los cuales se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

De lo anterior se presentan dudas al momento de firmar los AII, que llevan a preguntarse: ¿el Estado debe velar por la protección del medio ambiente solo en casos de INS? Limitar la protección ambiental a situaciones de impacto ambiental significativo sometería al Estado a una gestión reactiva y constante de crisis. En cambio, la protección ambiental debe ser un principio transversal a toda inversión, independientemente de su naturaleza, promoviendo así un desarrollo sostenible desde su origen.

Es decir, el Estado no solo debe cumplir con la obligación internacional preventiva de proteger el medio ambiente como derecho humano, mediante la evaluación y debida diligencia de las inversiones sostenibles (IS) o las INS y su respectivo impacto ambiental, sino además debe adecuar su derecho interno y sus políticas de inversión progresivamente para mantener únicamente las inversiones sostenibles, garantizando la protección del derecho humano al medio ambiente sano.

Lo anterior produce efectos trascendentales cuando se contrasta con la realidad del Acuerdo de Escazú, que en su artículo 3, apartado e), establece: “Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: principio preventivo”,⁴⁶ por lo que se considera que debería existir el mandato imperativo a los Estados que suscribieron este Acuerdo, de aplicar el principio preventivo y que este sea extensivo a inversiones, por lo que, en consecuencia, deben implementar medidas de protección ambiental tomando en cuenta la previsión de inversiones que no se consideran amigables con el cambio climático.⁴⁷ Sin embargo, la materialización de esta premisa requiere mecanismos de regulación que estén bien estructurados.

Ahora bien, los AII son tratados internacionales suscritos entre Estados, y su modificación es una prerrogativa de los Estados partes. Al margen de ello, la relación asimétrica entre Estados e inversionistas está vinculada a la voluntad estatal para manifestar avances con relación a los sujetos que ingresan a la esfera internacional y la medida de su personalidad, esto es, sus derechos y obligaciones. Sin esa voluntad clara y determinada, difícilmente los inversionistas pueden tener un rol en el proceso de negociación, redacción y modificación de los AII.

En el sistema europeo hay desarrollos en cuanto a la protección del medio ambiente y las inversiones sostenibles, junto con la distinción sobre las INS. En consonancia con el Acuerdo de París, el Pacto Verde Europeo ha marcado un precedente

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia STC-4360/2018, Sala de Casación Civil.

⁴⁶ Organización de los Estados Americanos, Acuerdo de Escazú.

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Sobre obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, 128.

distintivo y notorio; impulsado en un principio por todos los países miembros de la Unión Europea (UE), tiene como objetivo primordial la reducción de los gases de efecto invernadero que genera la UE a través del comercio nacional e internacional, aplicando medidas sostenibles y verdes que buscan generar crecimiento económico y condiciones que incentiven la participación de los inversionistas en operaciones sostenibles.⁴⁸

Más allá de la intención de regular las actuaciones de los Estados europeos en materia de protección y garantía del medio ambiente a través de las IS, el Pacto ha resultado ser sumamente difícil de aplicar para algunos, siendo que, por ejemplo, para España el mismo se ha vuelto “una maraña normativa que ha generado, entre otras cosas, una tremenda inseguridad jurídica en el sector energético”, puesto que actualmente existen más de 140 normativas que crean confusión en el inversionista y llevan a que la inversión sea mucho más compleja.⁴⁹

Sin embargo, los acuerdos regionales, que buscaban en un principio implementar el Acuerdo de París en sus respectivas regiones y combatir el *greenwashing*,⁵⁰ se han vuelto igual de ineficaces e inseguros para los inversionistas, haciendo poco rentable la inversión, pues dichos acuerdos no han sido del todo expresos o claros en lo que se refiere a plantear hojas de ruta para llevar a cabo una transición pacífica y económicamente sólida de inversiones no sostenibles a inversiones sostenibles.

1.3. Situación actual de los AII en relación con el cambio climático

Como se expresó, las dificultades de la eficacia de los AII se han hecho cada vez más notorias, lo que ha provocado que el costo por suscribirlos sea desalentador tanto para los inversionistas como para el propio Estado, el cual, al dejar de tomar las medidas necesarias de prevención, protección y garantía del medio ambiente, podría incurrir en responsabilidad, como ha sucedido en Colombia.⁵¹

Sin embargo, existen esfuerzos por hacer que los AII y las inversiones cumplan su cometido bajo la realidad actual. Por un lado, el Reglamento de Taxonomía de la UE⁵² no solo ayudó a limitar o mitigar el lavado verde, sino que además define

⁴⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el Pacto Verde Europeo, COM (2019) 640 de 2019.

⁴⁹ Sergio García Magariño y Unai Belintxon Martin, “Pacto Verde Europeo: las dificultades de las que parte España para poder cumplir”, *The Conversation*, 5 de diciembre de 2021, <https://theconversation.com/pacto-verde-europeo-las-dificultades-de-las-que-parte-espana-para-poder-cumplir-172744>

⁵⁰ Virginie Loiseau, Christine Weidenslaufer y Paola Álvarez, “El Greenwashing o ‘lavado verde’ en la legislación comparada”, *Asesoría Técnica Parlamentaria*, n.º SUP 131831.

⁵¹ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia STC-4360/2018.

⁵² Unión Europea, Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones

expresamente en su artículo 2.1 lo que se considera por inversión medioambiental sostenible. Esto da luz y guía tanto al Estado, para elaborar mejores estrategias y políticas públicas que garanticen la protección del medio ambiente, como a los inversionistas, para que realmente conozcan lo que se considera una inversión sostenible y una no sostenible.

Asimismo, el párrafo 39 de los considerandos del reglamento establece un pilar fundamental en la construcción de una sociedad y un comercio más sostenible:

Algunas actividades económicas tienen un impacto negativo en el medio ambiente y la reducción de dicho impacto negativo puede constituir una contribución sustancial a uno o más objetivos medioambientales. En relación con las actividades económicas de ese tipo, es conveniente establecer criterios técnicos de selección que supongan una mejora sustancial del comportamiento medioambiental en comparación, entre otras cosas, con la media del sector, pero que al mismo tiempo eviten efectos de bloqueo perjudiciales para el medio ambiente, en particular efectos de bloqueo que supongan importantes emisiones de carbono, durante la vida económica de la actividad económica financiada. Dichos criterios deben tener en cuenta también las repercusiones a largo plazo de una actividad económica precisa.⁵³

De lo anterior cabe destacar el enorme esfuerzo que ha impulsado la UE por favorecer las inversiones sostenibles, no solo definiendo expresamente dichos conceptos, sino además estableciendo estrategias por medio de las cuales la UE, de forma consecuente, realiza avances hacia un desarrollo sostenible a través de los AII. Pese a lo anterior, los retos siguen presentes y se pueden resumir en cinco grandes grupos de problemáticas.

Un primer problema es que en la actualidad existe un excesivo recelo en reconocer de manera expresa en los AII el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, y además, que Estados y empresas deben adoptar políticas y estrategias que no solo favorezcan, sino que desarrollen la protección de dicho derecho.⁵⁴

Existe una minoría de AII que sí reconoce los derechos humanos, por ejemplo, el AII Modelo de Países Bajos de 2019 reconoce la obligación de los Estados de proteger el medio ambiente y los derechos humanos, dando cumplimiento a lo establecido en textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁵⁵ A pesar de

sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, 14.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 39, 9.

⁵⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Promoción del derecho al medio ambiente sano, Res. A/76/L.75 de 2022, [n2243675.pdf \(un.org\)](https://www.un.org/News/Press/docs/2022/2204/220407_75.html)

⁵⁵ Gobierno de los Países Bajos, “Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos,” 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>

este ejemplo, persiste la duda: ¿es posible diseñar los AII de tal forma que, en corto plazo, faciliten la transición a energías más sostenibles o, al menos, no fomenten las no sostenibles sin perjudicar directamente al flujo de la economía?

La respuesta corta es no. Para ello sería necesario que los Estados emprendan un movimiento de reforma que excluya de forma expresa a las INS del ámbito de aplicación de los AII y establezca ciertas protecciones al poder regulatorio de los Estados. Al hacerlo, se producen problemas importantes: 1) los Estados se expondrán a constantes reclamos e inconformidades por parte de inversionistas que juegan un rol importante en sus economías; 2) podría llevar a un abuso del poder regulatorio que, aunque fundamentado en el interés público, termine por violar los derechos de los inversionistas, y 3) la relación de asimetría entre el Estado y el inversionista sería mucho mayor.⁵⁶ Estas son solo algunas razones por las que sería difícil configurar los AII de tal forma que faciliten la transición a energías más sostenibles.

No obstante esas dificultades, es importante considerar que a nivel interamericano la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁵⁷ sobre medio ambiente y derechos humanos, marcó un hito al consagrar que el disfrute y goce de los derechos humanos se encuentra vinculado al derecho a un medio ambiente sano, definiéndolo como un derecho autónomo, íntimamente relacionado con otros derechos de las generaciones actuales y venideras.

De tal forma, se reconoció que los Estados están obligados a 1) adoptar medidas para prevenir el daño ambiental significativo, dentro y fuera de sus territorios; 2) supervisar y monitorear las actividades que puedan causar daño ambiental, llevar a cabo estudios del impacto ambiental cuando exista riesgo de daño, crear planes de contingencia y mitigar el daño si ha ocurrido a pesar de las acciones preventivas y 3) actuar respetando el principio de precaución para proteger los derechos a la vida y la integridad personal en el caso de un posible daño irreversible y grave del medio ambiente, entre otras obligaciones. Es decir que, así el coste sea muy alto, el Estado tiene una obligación internacional de proteger el medio ambiente y de procurar que las inversiones que se lleven a cabo en el marco de AII sean sostenibles y amigables con su entorno.

Dicho concepto fue reconocido como derecho humano, entre otras, en la Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁵⁸ Adicionalmente, en Latinoamérica fue interpuesta la Solicitud de Opinión Consultiva sobre la Emergencia Climática y Derechos Humanos por la República de Colombia y la

⁵⁶ Lise Johnson *et al.*, “Costos y beneficios de los tratados de inversión: consideraciones prácticas para los Estados”, *Columbia on Sustainable Investment* (2018), <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/spanish.pdf>

⁵⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

⁵⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, Res. A/HRC/RES/48/13 de 2021, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/289/53/pdf/g2128953.pdf>

República de Chile⁵⁹ en la Corte IDH, que, sin lugar a dudas, tocará el punto de las obligaciones de los Estados en el marco de las operaciones económicas.

En el Caso Habitantes de La Oroya, la Corte sugirió que la prohibición de causar daños irreparables al medio ambiente debería ser progresivamente reconocida como una norma de *jus cogens*.⁶⁰ Tal afirmación corrobora la obligación que tienen los Estados de proteger el medio ambiente y permite preguntarse si es posible entender que la obligación de protección del medio ambiente de los Estados se extienda a las actividades contaminantes de INS protegidas por un AII.

Para poder dar respuesta a esta pregunta, cabe recalcar que la Corte IDH estableció que “los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente”;⁶¹ por esto, en materia de protección ambiental se les impone una obligación preventiva y un estándar de debida diligencia en aquellas situaciones donde se prevé la producción del daño ambiental. Lo que en definitiva justifica pensar que los Estados deben analizar hasta qué punto sus acuerdos económicos pueden perjudicar los derechos de la población.

Con fundamento en lo anterior, es posible pensar que la obligación de proteger el medio ambiente de los Estados se extiende claramente a las actividades de una INS protegida por un AII. Además, los Estados tienen el deber de realizar, *ex ante*, procedimientos de supervisión de las actividades dentro de su territorio que podrían afectar al medio ambiente, incluidas las inversiones internacionales protegidas por AII.

Ahora bien, en lo referente a la responsabilidad de las empresas en esta materia, la OCDE adoptó un instrumento en el que establece una guía para la conducta de las compañías. En dicho documento se menciona que las empresas deben “buscar formas de prevenir o mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos que están directamente relacionados con sus operaciones comerciales, productos o servicios en virtud de una relación comercial, incluso si no contribuyen a dichos impactos”.⁶² Esto podría extenderse a los Estados cuando realizan una actividad comercial y empresarial.

Aunado a lo anterior, cabe recalcar que organismos como la Asamblea General de la ONU han ratificado la importancia de los procesos preventivos –de debida

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva de 09 de enero de 2023, solicitada por la República de Colombia y la República de Chile sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁰ Corte IDH, Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511, parr. 129.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 126.

⁶² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable* (OCDE, 2023), 29, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2023/06/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_a0b49990/7abea681-es.pdf

diligencia— a empresas que sean propensas a violar o transgredir los derechos humanos. Especialmente, ha establecido que el proceso de debida diligencia es “fundamental como base de lo que debería hacer cualquier empresa para dar cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”.⁶³ Poco a poco se ha enfatizado que la responsabilidad de proteger y respetar los derechos humanos ya no solo se encuentra en los Estados.

Un segundo problema consiste en la falta de obligatoriedad para los árbitros de considerar los tratados internacionales sobre cambio climático al resolver disputas. En vista de lo anterior, vale la pena preguntarse: ¿los tratados y las disposiciones en materia de derechos humanos deberían ser fuente del derecho internacional de las inversiones? ¿Tienen los árbitros un deber de considerar las disposiciones en materia de derechos humanos en disputas derivadas del incumplimiento de un AII? A ambos cuestionamientos, quienes suscriben consideran que la respuesta corta es que sí. Sin embargo, la relación entre esos tratados y las disputas derivadas del incumplimiento de AII se aclarará más adelante en este artículo.

Un tercer problema es el creciente rechazo, principalmente por parte de los Estados —pero también de los inversionistas—, a la resolución de controversias a través del arbitraje de inversión, debido a que los costos procesales y el acceso a dicho método voluntario de resolución de conflictos se ha vuelto un proceso engorroso, tardío y complicado para ambas partes.⁶⁴

Un cuarto problema es que los tribunales arbitrales se han vuelto incoherentes y muchas veces no han tomado en cuenta el contexto estructural o circunstancial de la disputa. En numerosas ocasiones, el Estado ha justificado la intervención a las inversiones privadas con base en la preservación de un interés público difuso, por lo que en ciertos casos los inversionistas no han recibido indemnizaciones, lo que ha desincentivado la contratación y ha provocado una gran inseguridad en el SCIE.⁶⁵

Finalmente, un quinto problema que encapsula a todos los anteriores es el hecho de que los AII traen consigo grandes y complejas concesiones de derechos y obligaciones entre el Estado y el inversionista extranjero. Es decir, hoy en día, el beneficio de una inversión no se mide únicamente por su rentabilidad económica, sino también por el equilibrio entre la libertad de acción del inversionista y el grado de regulación gubernamental. En la concepción actual, al momento de firmar un AII se generan obligaciones para el Estado, que al final es el que debe aplicar medidas preventivas para proteger y garantizar los derechos humanos en materia ambiental,

⁶³ Naciones Unidas, Asamblea General, Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Res. A/73/163 de 2018, párrafo 17.

⁶⁴ Yaritza Pérez Pacheco, “Derecho internacional de inversiones. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana”, en *Retos actuales del derecho internacional privado. Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado* (México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015), 19.

⁶⁵ Bonnitca y Brewin, “Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?”.

lo que trae como consecuencia una relación asimétrica que depende en gran medida de los compromisos asumidos únicamente por el Estado.

Esta relación de notoria asimetría entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista consiste en el aprovechamiento de los derechos que se le otorgan a este último, cuyas obligaciones son mínimas o inexistentes, mientras que el Estado tiene que cumplir con una numerosa cantidad de obligaciones nacionales e internacionales en materia de cambio climático y preservación del medio ambiente, además de las del AII.

Con el fin de equilibrar la relación asimétrica entre Estados receptores e inversionistas, los AII modernos han introducido cláusulas de responsabilidad social y empresarial. Estas disposiciones permiten a los Estados defender sus intereses y presentar demandas reconventionales o excepciones contra los inversionistas que incumplan con sus obligaciones de preservación medioambiental,⁶⁶ ya sea buscando la desestimación de la demanda interpuesta en su contra o una indemnización por los daños causados.

El desarrollo de la agenda climática está en pleno auge, una muestra de ello es la reciente resolución adoptada por la Asamblea General de la ONU,⁶⁷ en la que solicita a la Corte Internacional de Justicia su opinión sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático a fin de establecer bases legales para la justicia climática y su consecuente ámbito de responsabilidad.

Incluso, recientemente el Tribunal Internacional del Derecho del Mar emitió su Opinión Consultiva n.º 31,⁶⁸ la primera que establece las obligaciones de los Estados en materia de mitigación de cambio climático en vista de los daños causados en los océanos por los gases de efecto invernadero, lo cual se traduce en el deber de los Estados de prevenir y controlar la polución del mar por vía de dichos gases y su responsabilidad frente a los nexos de causalidad entre una emisión y un daño, todo ello en virtud del ejercicio de su jurisdicción sobre conductas contaminantes.

Es claro que la concepción de los AII debe cambiar, y, sin duda, la relación Estado-inversionista debe equilibrarse, a fin de crear un panorama con mayores incentivos para la inversión sostenible que permita que los Estados puedan ser garantistas del medio ambiente. Esta idea debe coexistir con la sostenibilidad de las inversiones

⁶⁶ Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, “Reconciliando los derechos de las empresas multinacionales bajo los AII con la responsabilidad civil surgida de sus filiales”, *Investment Treaty News*, 19 de diciembre de 2020, <https://www.iisd.org/itn/es/2020/12/19/reconciliando-los-derechos-de-las-empresas-multinacionales-bajo-los-aii-con-la-responsabilidad-civil-surgida-de-sus-filiales/>

⁶⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático, Res. A/RES/77/276 de 2023.

⁶⁸ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Opinión Consultiva presentada por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional de 21 de mayo de 2024, párrafo 102.

extranjeras, las cuales no pueden ser un peso imposible de sostener económica o políticamente en el tiempo.

2. La relación entre el cambio climático y el derecho internacional de las inversiones

2.1. Las tensiones entre el derecho de las inversiones y el cambio climático

Como se constató en el apartado anterior, es posible afirmar que el marco regulatorio sobre el cambio climático está en el centro de la agenda global desde hace unos cuantos años –y hoy con mayor intensidad–, lo que indudablemente ha llevado a que los Estados asuman nuevos compromisos en materia de protección del medio ambiente. En ese sentido, se ha hecho manifiesto el rol protagónico y colaborativo de distintos actores públicos, privados e internacionales para hacer frente al cambio climático, lo que responde a uno de los elementos de la sostenibilidad: la protección de la biodiversidad y del ecosistema de la actividad humana, que a su vez opera bajo una premisa mayor como es el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

No es secreto que el cambio climático ya está afectando la vida de las personas, el ejercicio de sus derechos y los ecosistemas de los que dependen y, por ende, al referirnos a las tensiones entre el derecho internacional de las inversiones y el cambio climático, estas se centran principalmente en 1) la explotación de los recursos naturales y el daño ambiental causado que suele asociarse a las industrias extractivas (petróleo, carbón, gas y minería); 2) la reforma económica y legal que supone la agenda climática global –la transición energética–, y 3) los principales problemas para su implementación en el marco del SCIE.

Puesto así, en opinión de quienes escriben es imposible desconocer que el derecho internacional de las inversiones ha tenido gran relevancia en el crecimiento de la economía global, debido a la creciente y constante globalización, lo que ha tenido efectos jurídicos y económicos fronterizos y transfronterizos, y ha influido también en el ámbito de acción de las administraciones públicas de los países, mediante los procesos de adecuación normativa que le son inherentes, y como consecuencia de la puesta en práctica de las políticas de promoción de inversiones y del comercio.

Lo mencionado se hace particularmente relevante si se tiene en cuenta la racionalidad del SCIE, que en palabras de Kaufmann-Kohler y Potestà no es otra que 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.⁶⁹ De tal forma, se reconocen un cúmulo de

⁶⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michelle Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, *European Yearbook of International Economic Law* (Cham: Springer International Publishing, 2020), 7-29.

garantías –originadas en un instrumento de derecho internacional público–, para los inversionistas extranjeros en los Estados receptores de su inversión, que les permiten demandar la responsabilidad de los Estados ante tribunales internacionales

Aunque la problemática del cambio climático, como se señaló en la sección anterior, ha recibido atención desde el siglo pasado a nivel internacional, la mayoría de los instrumentos del derecho internacional de inversiones, es decir los AII, han eludido desarrollar o referirse a la agenda de sostenibilidad o a instrumentos internacionales en la materia como el Acuerdo de París;⁷⁰ por lo que, como ha afirmado Barker, los AII actuales son climatológicamente ciegos al no prever diferencias entre los tipos de inversión.⁷¹

Así las cosas, los AII ostentan una función ambivalente, que puede proteger a toda clase de inversionistas tanto INS como IS.⁷² Vale la pena mencionar que, para 2023, la mayoría de los reclamos originados por el incumplimiento de las obligaciones de los Estados en el marco de AII surgieron con ocasión de desavenencias relacionadas con inversiones de energías fósiles y sus actividades conexas.⁷³ Hoy en día, de hecho, los flujos de financiación pública y privada para los combustibles fósiles siguen siendo mayores que los destinados a la adaptación y mitigación del cambio climático.⁷⁴

⁷⁰ Juan Álvarez Contreras, “El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión”, en *Perspectivas sobre el Desarrollo Sostenible en Colombia*, coord. por Lyndon W. Jay y Luis Ferney Moreno (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023), 161-162. El autor destaca algunos AII, como el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (CETA), el TBI modelo de Estados Unidos, el TBI modelo de Holanda y el TBI entre Marruecos y Nigeria, que muy tímidamente hacen referencia a los objetivos de la sostenibilidad, al cumplimiento de las obligaciones de otros instrumentos internacionales (Acuerdo de París, OIT, DUDH) y a la legitimidad de la potestad regulatoria de los Estados para alcanzar objetivos legítimos de política pública. No obstante, estos esfuerzos parecen aislados.

⁷¹ Paul Barker, “Sustainable investment, deep decarbonization, and investor-state dispute settlement: The failure to align the investment treaty system with climate change law & policy?”, *Blog de Stanford Law Publications*, 10 de mayo de 2021, <https://law.stanford.edu/publications/sustainable-investment-deep-decarbonization-and-investor-state-dispute-settlement-the-failure-to-align-the-investment-treaty-system-with-climate-change-law-policy/>

⁷² Por ejemplo, España se ha erigido como el país más demandado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones por el caso de las energías renovables; los inversionistas invocan el incumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Carta de Energía, un AI climatológicamente ciego.

⁷³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, “Carga de casos del Ciadi. Estadística - Edición 2023-II”, 10, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf. De acuerdo con las estadísticas más recientes del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, un 27% del total de casos administrados por la institución corresponden a petróleo, gas y minería, seguidos de un 15% en sectores de la industria de energética, con lo que, entre estas actividades económicas, concentran casi la mitad de las disputas.

⁷⁴ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), Informe de Síntesis del Sexto Informe de Evaluación (AR6), 62, https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf

Los instrumentos del derecho internacional de inversión han sido criticados ampliamente,⁷⁵ pero a los efectos de esbozar las tensiones que interesan en esta sección, es suficiente mencionar que han sido catalogados como una forma de coartar la soberanía de los Estados en cuanto a su poder regulatorio para adoptar o regular cuestiones de interés general, un fenómeno que la doctrina ha denominado *regulatory chill*.⁷⁶ Este fenómeno podría manifestarse en vista de las medidas regulatorias que adoptan los Estados para proteger el medio ambiente, las cuales pueden afectar directa o indirectamente los derechos de los inversionistas y, en respuesta, podrían intentar demandas millonarias que terminarían por lograr que los Estados se abstengan de implementar tales medidas.

Lo anterior es así, dado que los inversionistas pueden utilizar el SCIE para cuestionar medidas de interés público y general, prevaleciéndose de garantías como la del trato justo y equitativo y, particularmente, las expectativas legítimas⁷⁷ generadas en el marco de la inversión. En este orden de ideas, no hay que pasar por alto que el derecho internacional de las inversiones padece de un síndrome que ha sido estudiado desde mediados del siglo pasado en el derecho internacional y que comporta todas y cada una de sus ramificaciones: la fragmentación, que es producto de la proliferación de instituciones y de regímenes normativos especializados que gozan de un alto grado de autonomía.⁷⁸

El síndrome de la fragmentación ha sido caracterizado en el derecho internacional desde una vertiente negativa, por la cual muchos han considerado que este constituye un peligro para la estabilidad y coherencia del orden jurídico internacional,⁷⁹ y desde una vertiente positiva, que lo ha erigido como parte del desarrollo normal y

⁷⁵ Sobre el tema, de manera general ver Gloria María Álvarez *et al.*, “A Response to the Criticism against ISDS by EFILA”, *Journal of International Arbitration* 33, n.º 1 (2016): 1-22.

⁷⁶ Para una profundización, ver Tarald Berge y Axel Berger, “Do investor-state dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of respondent state bureaucratic capacity”, *Journal of International Dispute Settlement*, n.º 12 (2021): 1-41.

⁷⁷ Por ejemplo, la transnacional Phillip Morris promovió arbitrajes contra Ecuador y Australia para controvertir las medidas adoptadas por estos países para restringir la comercialización de cigarrillos al dictar normas de protección de la salud. También se presentan casos como: *Eco Oro Minerales Corp vs. República de Colombia*, Caso Ciadi ARB/16/41, Laudo final del 09 de septiembre de 2021, en el que se interpretó que, aunque una política ambiental esté amparada por una cláusula de excepción por protección del medio ambiente, los Estados todavía tienen la obligación de compensar a los inversionistas.

⁷⁸ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, s. f., https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

⁷⁹ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones, Res. A/55/10, 2000, 152, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2000_v2_p2.pdf

deseable del derecho internacional a los fines de garantizar su vitalidad en vista de la pujante globalización.⁸⁰

Si bien es un fenómeno que ha sido medianamente superado por elevar sus virtudes en el marco de la agraciada globalización, aún subsisten intereses que pueden ser coincidentes, distintos e incluso divergentes. En la práctica persisten ciertas cuestiones de índole conflictual, por ejemplo, la falta de diálogo entre los múltiples instrumentos normativos existentes, el *forum shopping*⁸¹ y la presencia de casos de jurisdicciones paralelas. Estos problemas favorecen las contradicciones y la falta de uniformidad y seguridad jurídica.

Lo aquí planteado toma vital relevancia si tenemos en cuenta que el SCIE se encuentra integrado por alrededor de 3.000 tratados suscritos a lo largo del globo,⁸² que históricamente se encuentran conformados por cláusulas modelos que han sido utilizadas y elaboradas a partir de principios creados por la doctrina especializada,⁸³ las cuales constituyen derechos y garantías para los inversionistas, por lo que mayormente las obligaciones han recaído únicamente en los Estados.

Algunos AII contienen referencias someras y aisladas a la protección y garantía del medio ambiente, los derechos humanos y la promoción de la sostenibilidad, pero pocos se han ocupado de desarrollar la influencia de tales disposiciones en el marco de los tratados;⁸⁴ aún menos han sido los tribunales arbitrales que se han dado a la

⁸⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional”, párrafos 9 y 11.

⁸¹ Sebastián Zabaleta y Raúl Ruiz, “La doctrina del *forum non conveniens*: ¿amiga o enemiga del derecho internacional privado?”, en *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela*, n.º 5, coord. por Claudia Madrid Martínez (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2023), 378. El *forum shopping* consiste en la búsqueda del foro más conveniente o, lo que es lo mismo, en la elección de uno de entre varios tribunales que ostentan jurisdicción para resolver un conflicto; a menudo esta práctica ha sido vista como oportunista y tiene implicaciones procesales para el conflicto.

⁸² Álvarez Contreras, “El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión”, 141.

⁸³ Jorge Vega, “La solución de diferencias relativas a inversiones entre un inversor extranjero y un Estado. Análisis crítico de la situación actual en Sudamérica” (tesis para optar por el grado de magíster en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016), 117, http://opac.pucv.cl/pucv_txt/Txt-4500/UCC4810_01.pdf. Por lo general, los tratados internacionales de inversión contienen las siguientes cláusulas: trato nacional, paraguas, estabilidad, la nación más favorecida, la protección y seguridad plenas, el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiaciones en forma directa o indirecta, la remanencia de las obligaciones, la prescripción de conflictos y, por supuesto, el arbitraje de diferencias inversionista-Estado.

⁸⁴ Filip Balcerzak, “Los derechos humanos en el derecho internacional de inversiones”, en *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*, ed. por José Álvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz (Bogotá: Universidad del Externado, 2021). El autor afirma que existe un pequeño número de AII dentro de la red de más 3000 que hacen mención a la protección y promoción de los derechos humanos y a los objetivos de desarrollo sostenible; algunos en sus preámbulos, el TBI entre Suiza y Georgia, el TBI entre Austria y Kazajistán, el

tarea de interpretar tales enunciados para emitir sus pronunciamientos,⁸⁵ por lo que la inserción simbólica de dichas disposiciones no hace nada por solucionar la asimetría existente entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas.

Así, de la propia letra de los AII se evidencia también una disociación entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas que desde hace años se ha erigido como el pilar central del derecho internacional de las inversiones,⁸⁶ gracias al proceso de fragmentación del derecho internacional, lo que se traduce en un serio desequilibrio o asimetría en su diseño estructural.

Dicha política de disociación se ha fundado en el problema de imponer obligaciones internacionales de derechos humanos a las empresas multinacionales para crear un régimen mundial de responsabilidad pública, el cual ha tenido gran oposición en la historia del SCIE,⁸⁷ lo que a su vez ha limitado la adaptación del derecho internacional de las inversiones a las necesidades de desarrollo sostenible.

TLC entre Canadá y Colombia, el TPI entre Singapur y la Unión Europea, entre otros; y otros, en el cuerpo de sus textos, el TBI entre Nigeria y Marruecos y el TBI modelo de Noruega.

⁸⁵ Excepcionalmente, algunos tribunales arbitrales se han pronunciado al respecto en casos como Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa vs. República Argentina, Ciadi ARB/07/26, Laudo final de 8 de diciembre de 2016, donde el tribunal tomó en consideración el marco normativo en derechos humanos para no condenar al Estado; David R. Aven vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018, en donde el tribunal reconoció que las inversiones deben desarrollarse de una manera que sea sensible respecto de preocupaciones medioambientales; Burlington Resources, Inc. vs. República del Ecuador, Caso Ciadi ARB/08/5, Laudo final de 07 de febrero de 2017, que admitió una demanda de reconvencción contra el inversionista y lo condenó por los daños ambientales ocasionados.

⁸⁶ Javier Echaide, “El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, coord. por Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 147.

⁸⁷ Silvia Steininger, “Investment and human rights in the shadow of the pandemic: Recent developments in 2020”, en *Yearbook on International Investment Law & Policy 2020* (Oxford: Oxford University Press, 2021), 224-225; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Res. A/HRC/26/9 de 04 de abril de 2014. Se estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyos avances han sido mínimos y aún no se vislumbra su finalización. Eventualmente, este grupo adoptó las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos, con el objetivo de proporcionar un foro apropiado para asegurar reparaciones en materia de derechos humanos; pese a lo anterior, estas reglas no han tenido un éxito notable, posiblemente debido al costo asociado al litigio de tales reclamaciones y al requisito de que ambas partes consientan someter la disputa a arbitraje.

De tal manera, los tribunales arbitrales han sido criticados por desatender cuestiones relacionadas con el contexto donde resuelven las controversias que se les plantean, por no tener en cuenta las demás obligaciones que los Estados poseen dentro del derecho internacional y de sus normas más fundamentales, desconociendo en cierta medida que el SCIE forma parte del derecho internacional y debe responder a su sistema de fuentes y a sus reglas de jerarquía normativa e interpretación,⁸⁸ lo cual ha creado una suerte de conflictos normativos.

Es indubitable que la fuente de interpretación principal de derecho de los tribunales arbitrales es el tratado que cubra la disputa y, de ser el caso, se pueden utilizar otras fuentes del derecho internacional para su interpretación; sin embargo, no suele ser bien recibido que los árbitros utilicen, por ejemplo, los instrumentos de derechos humanos o de cambio climático por la especialidad de la materia.⁸⁹

Con estas restricciones interpretativas resulta difícil, en la mayoría de los casos, que estos tribunales tengan en cuenta estándares desarrollados sobre el cambio climático, los derechos humanos o la sostenibilidad, ya que esto podría resultar en una anulación del laudo por haber excedido los poderes otorgados al tribunal arbitral o la controversia discutida por las partes,⁹⁰ y su viabilidad en la práctica ha sido una posición minoritaria y vista en muy pocos casos.⁹¹

Es menester resaltar que los tribunales arbitrales de inversión no son consistentes, puede haber una multiplicidad de árbitros decidiendo disputas sobre materias asociadas al cambio climático y cada uno de ellos podrá tener una perspectiva distinta del asunto; además, estos operadores de justicia tampoco están constreñidos o vinculados a decisiones pasadas –a diferencia de otros foros–, puesto que en el derecho internacional de las inversiones no existe un *stare decisis*, ni mucho menos algo como la jurisprudencia en un sentido técnico, lo cual da lugar a razonamientos diversos, incluso si existen marcos fácticos idénticos a la luz de tratados internacionales similares.⁹²

⁸⁸ Echaide, “El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática”, 163.

⁸⁹ Juan Gómez-Moreno, “El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”, *Themis. Revista de Derecho*, n.º 82 (2022): 128.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ A fin de ejemplificar, ver los siguientes casos: Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa, Caso Ciadi ARB/06/5, Laudo final del 15 de abril de 2009; Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú, Caso Ciadi ARB/14/21, Laudo final de 30 de noviembre de 2017; Tulip Real Estate and Development Holanda BV vs. República de Turquía, Caso Ciadi ARB/11/28, Decisión sobre nulidad del Laudo final de 30 de diciembre de 2015; Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipack SRL vs. Rumania [I], Caso Ciadi ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 24 de septiembre de 2008; Hesham TM Al Warraq vs. República de Indonesia, Caso Uncitral 1996, Laudo final del 15 de diciembre de 2014, donde se reconoció la importancia de la integración del derecho internacional general, especialmente, los derechos humanos en el derecho internacional de inversiones.

⁹² Gómez-Moreno, “El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”, 129.

2.2. El potencial del derecho internacional de las inversiones en materia de cambio climático

Luego de haber detallado los aciertos y desaciertos del SCIE, es propio afirmar que el derecho internacional de las inversiones se encuentra disociado, en pequeña o gran medida, de los objetivos de desarrollo sostenible, bien sea por la fragmentación que padece de manera natural, o por su propio diseño históricamente arraigado, pues el SCIE parte de una premisa conceptual según la cual la prioridad es proteger a los inversionistas.

Ante este panorama, se presentan dos escenarios fundamentales a los fines de armonizar el derecho internacional de las inversiones con la realidad que hoy representa el cambio climático para el desarrollo de las sociedades: 1) la interpretación integradora de normas internacionales o instrumentos de cambio climático por parte de los tribunales arbitrales, 2) la renegociación de los AII por parte de los Estados para incluir un lenguaje expreso y desarrollado sobre los objetivos de la sostenibilidad.

Una interpretación íntegra y armoniosa en ausencia de disposiciones sobre el cambio climático, derechos humanos o desarrollo sostenible en los AII implica entender que el derecho internacional de las inversiones no se encuentra aislado del sistema de fuentes del derecho internacional público, más bien se encuentra dentro de él.⁹³ La ubicación conceptual de las normas del derecho internacional de las inversiones se encuentra por debajo del bien común que buscan promover las normas en materia de derechos humanos, de modo que se debe observar en su ámbito el cumplimiento de obligaciones *erga omnes* e *ius cogens*, e incluso ser interpretado y aplicado a la luz de dichas obligaciones.⁹⁴

Por ello, el artículo 31.3.C de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁵ consagra que, junto con el contexto, para la interpretación de los tratados se debe tener en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, entre las cuales se encuentran instrumentos tales como el Acuerdo de París, el Acuerdo de Escazú, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y demás instrumentos del *corpus iuris* internacional. La aplicación de estos instrumentos no se refiere necesariamente a dejar la especialización de la materia, sino más bien a uniformar y fortalecer el orden jurídico internacional.

⁹³ José Manuel Álvarez Zárate y Diana María Beltrán Vargas, “La interpretación de los tratados de inversión”, en *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*, ed. por José Álvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz (Bogotá: Universidad del Externado, 2021), 109-111.

⁹⁴ Echaide, “El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y gobernabilidad democrática”, 163.

⁹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1968, Doc. A/Conf. 39/27.

Un ejemplo ilustrador se encuentra en el artículo 42 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), según el cual los tribunales pueden decidir las diferencias de conformidad con las normas convenidas por las partes. A falta de acuerdo, dichos tribunales se regirán por la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Pero para ello, el rol de las partes es crucial, incluyendo a los árbitros, peritos y abogados para introducir este debate en el *thema decidendum* de los tribunales,⁹⁶ sin incurrir necesariamente en un exceso de las facultades del tribunal arbitral que lleve a la anulabilidad del laudo, en vista de que los AII coexisten con el régimen de fuentes y normas interpretativas del derecho internacional. Incluso, se podría dar el caso de que no aplicar estas normas, cuando fueren relevantes o útiles para resolver la disputa, genere una futura nulidad del laudo proferido.

Para la consecución de lo anterior, es importante que los árbitros, como rectores del proceso, tengan y desarrollen suficiente experiencia y conocimiento en las esferas de derechos humanos y medio ambiente, incluidas las controversias relativas al desarrollo sostenible y relacionadas con el clima, con el fin de alcanzar una solución justa y razonable a las controversias entre inversionistas y Estados.

Lo anterior podría significar una enorme diferencia en aquellos casos en que los AII no hacen referencias a los objetivos de sostenibilidad y protección de los derechos humanos y el medio ambiente, o simplemente hacen referencias aisladas y ambiguas sobre estas materias. A tales efectos, una interpretación íntegra de los AII a la luz de los demás instrumentos que conforman el *corpus iuris* internacional coadyuva a resignificar el rol de estas disposiciones aisladas o su ausencia para dirimir la disputa de una mejor forma.

Ahora bien, la renegociación de los AII ya existentes, o el diseño de los nuevos AII alineados con los objetivos de sostenibilidad y la realidad medioambiental, se ha presentado como una salida consentida ante las nuevas dificultades mundiales que plantean la inversión y el desarrollo, formulando políticas públicas que propicien el desarrollo sostenible y, a su vez, reforzando los marcos de las políticas de inversión existentes sin perder de vista este objetivo.

Con base en lo anterior, la renegociación de los AII para incluir disposiciones expresas y desarrolladas sobre el cambio climático y los derechos humanos en coordinación con los objetivos de desarrollo sostenible puede ser una solución a muchos de los problemas aquí planteados; especialmente, la inclusión de disposiciones que tiendan a preservar el poder regulatorio de los Estados en temas de interés público y general como la protección de la salud, el medio ambiente, los derechos humanos

⁹⁶ Gómez-Moreno, "El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático", 133-134.

y la lucha contra la corrupción, sin que esto implique la violación de garantías otorgadas a los inversionistas.⁹⁷

Esto contrarrestaría el llamado *regulatory chill* y las demandas acaecidas por la adopción de medidas motivadas por la protección del interés público, siempre y cuando las medidas no sean arbitrarias, injustificadas, ni constituyan una discriminación evidente, denegación de justicia o una violación del debido proceso, porque su objetivo principal es la preservación de un interés superior. Esta reforma progresiva del SCIE, de acuerdo con ONU Comercio y Desarrollo en su balance de 2019, se puede producir por vía de diez opciones distintas con el objetivo de modernizar el acervo de AII del SCIE para reducir la fragmentación del sistema y alinearlos con la realidad mundial.⁹⁸

En pocas palabras, este balance resume y analiza diez opciones, con sus ventajas e inconvenientes, para que los países las adapten y adopten con arreglo a sus objetivos específicos de reforma, entre las cuales se contemplan: la interpretación conjunta de disposiciones de tratados, la enmienda de disposiciones de tratados, la sustitución de tratados anticuados, la consolidación de la red de tratados de inversión, la gestión de las relaciones entre tratados coexistentes, las referencias a normas mundiales, la acción multilateral, el abandono de tratados antiguos no ratificados, la terminación de tratados antiguos existentes y, por último, el retiro de tratados multilaterales.

Cualquiera de estos mecanismos puede ayudar a reducir la incertidumbre y aumentar la previsibilidad para los inversionistas, las partes contratantes y los tribunales y, sobre todo, puede impulsar la modernización con la consecuente reforma integral de los tratados para eliminar sus asimetrías, establecer obligaciones conjuntas y alinearlos con los objetivos de desarrollo sostenible, especialmente, en aquellos tratados de vieja generación.

Por supuesto, hay mecanismos más asertivos, prácticos e inmediatos para enfrentar estos males, por ejemplo, las interpretaciones conjuntas, las enmiendas y la sustitución de AII son más viables a corto plazo, mientras que la acción multilateral, la consolidación de la red de tratados de inversión y la gestión de las relaciones entre tratados coexistentes requieren un esfuerzo diplomático y conjunto mucho mayor.

En suma, dentro del derecho internacional de inversiones es claro que existen los mecanismos para contrarrestar sus desaciertos, bien sea a través de la adecuación del marco normativo existente respecto de las normas internacionales jerarquizadas del derecho internacional, o bien sea por la construcción de una coherencia normativa transversal que reduzca la asimetría normativa en el derecho internacional de inversiones con otras áreas, o por la transformación, modificación

⁹⁷ Álvarez Contreras, “El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión”, 159-161.

⁹⁸ ONU Comercio y Desarrollo, Nota de la Secretaría de la Unctad, Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2, TD/B/C. II/42 de 2019.

(dentro o fuera de los tratados) o la terminación de los AII que no se ajusten a los estándares actuales.

Paralelamente, la carencia de un precedente, al menos por ahora, en el SCIE, no necesariamente debe fungir como un problema, más bien fomenta su evolución y adaptabilidad de forma más eficiente a la realidad actual, lo que no implica la carencia de seguridad jurídica, ya que el ámbito de interpretación de los tribunales no solo consiste en el AII aplicable, sino también en el derecho internacional general que abarca los tratados de importancia sistémica en el derecho internacional, como la Convención de Viena, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, e incluso, en ocasiones, el derecho interno o el escogido por las partes se hace manifiesto.

La doctrina y la jurisprudencia doméstica e internacional, a pesar de no ostentar un carácter vinculante *per se*, influyen en los tribunales arbitrales para introducir debates ajustados a la realidad de la sociedad moderna y aportarles perspectivas innovadoras en sus razonamientos, zanjando en cierta medida las brechas que pudieran existir. Los tribunales están facultados para interpretar progresivamente los AII de conformidad con el derecho internacional general, incluidos los tratados pertinentes sobre el medio ambiente o los derechos humanos.⁹⁹ Además, los tribunales también pueden tener en cuenta el orden público internacional, como ha subrayado Miles y Lawry-White, en el contexto de los casos relacionados con el clima.¹⁰⁰

Por lo tanto, podría decirse que los tribunales ya tienen las herramientas para abordar muchas cuestiones relacionadas con el cambio climático. En el informe de noviembre de 2019, la ICC Task Force on the Arbitration of Climate Change Related Disputes concluyó que, incluso cuando los AII no se pronuncien sobre el cambio climático o el Acuerdo de París, las obligaciones internacionales suelen interpretarse de forma progresiva y es probable que el Acuerdo de París y las contribuciones determinadas a nivel nacional (CDN) informen las expectativas legítimas de la parte inversionista a la hora de definir, por ejemplo, una reclamación de trato justo y equitativo.¹⁰¹

No obstante, la práctica de los Estados en las renegociaciones de AII será importante para determinar hasta qué punto es probable que el derecho internacional de las inversiones esté en consonancia con la legislación y las políticas sobre cambio

⁹⁹ Peter A. Allard vs. Barbados, Caso CPA 2012-06, Laudo final del 27 de junio de 2016, párrafo 244; Joshua Paine, “Failure to take reasonable environmental measures as a breach of investment treaty?”, *Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 4 (2017): 745-754.

¹⁰⁰ 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* 34, n.º 1 (2019): 17; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA, Abal Hermanos SA vs. Uruguay, Caso Ciadi ARB/10/7, Laudo final del 8 julio de 2016, párrafo 30.

¹⁰¹ Cámara de Comercio Internacional, “Resolving Climate Change Related Disputes Through Arbitration And ADR”, *ICC Commission Report* (2019), 39.

climático.¹⁰² No cabe duda de que el reto inmediato para el SCIE es seguir el ritmo de la transición energética y la revolución de la sostenibilidad, y considerar de forma crítica lo que el sistema debe ofrecer para mantener su relevancia y legitimidad en esta nueva era.

3. Un nuevo paradigma

3.1. Hacia un nuevo criterio de inversión

La ausencia de una distinción entre inversiones sostenibles e inversiones no sostenibles es un problema que abordamos en un sentido técnico en esta sección, ya que incide en la consecución de los objetivos del cambio climático al permitir que los autores de actividades perniciosas para estos objetivos puedan interponer reclamos sobre la acción climática que desarrollen los Estados. Entonces, la cuestión queda especificada en la distinción entre IS e INS, toda vez que distinguir podría ser útil para el tránsito a las energías renovables, de lo cual se colige la implementación del mandato contenido en el artículo 2(1)(c) del Acuerdo de París.¹⁰³

La relevancia práctica de una distinción se encuentra motivada por dos argumentos: 1) transitar hacia energías renovables, y 2) contrarrestar el llamado *regulatory chill*, pues con una distinción podría limitarse qué inversiones pueden acceder a un sistema de protección. Pero la dificultad técnica en una distinción se encuentra en la misma naturaleza del SCIE, pues ¿hasta qué punto es posible justificar la protección de ciertas inversiones sobre otras?

3.1.1. Dificultades técnicas asociadas al concepto tradicional de inversión

Como punto previo, es importante explicar que la definición de lo que debe ser entendido como inversión juega un rol fundamental en este sistema. En razón del notorio uso del arbitraje de inversión, uno de los problemas más frecuentes del SCIE es la autoridad del tribunal arbitral para conocer de una controversia y dictar una decisión. Cuando un Estado suscribe un AII en el que se prevé el uso del arbitraje para resolver conflictos, renuncia a un elemento de su soberanía; la razón de ser de

¹⁰² Freya Baetens, “Combating climate change through the promotion of green investment: From Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement”, en *Research Handbook on Environment and Investment Law*, ed. por Kate Miles (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 107-130.

¹⁰³ Lorenzo Cotula, “International investment law and climate change: Reframing the ISDS reform agenda”, *Journal of World Investment & Trade*, n.º 24 (2023): 782. El artículo 2(1)(c) del Acuerdo de París reza: “Situación los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero”.

esta práctica es la obtención de beneficios mutuos, más que una reciprocidad entre partes.¹⁰⁴ Esto en definitiva solo ocurre con el consentimiento de los Estados.

Por esta razón, cuando los Estados acuerdan resolver cualquier posible conflicto mediante arbitraje, especifican a qué están consintiendo. De modo que un tribunal arbitral no tendrá autoridad para conocer, ni decidir, si no cumple con las condiciones a las que las partes consintieron.¹⁰⁵ La autoridad de un tribunal arbitral para decidir es mejor conocida como la jurisdicción, la cual depende del consentimiento de las partes sobre tres elementos: la materia, el tiempo y la persona. En ese sentido, los tribunales deberán determinar qué es una inversión (materia) de conformidad con el instrumento aplicable, para luego decidir sobre cualquier mérito.¹⁰⁶

Si bien es cierto que el concepto de inversión puede estar definido en el propio AII o en la legislación doméstica (criterio subjetivo), no es menos cierto que siempre han existido dificultades para determinar qué significa. Por ejemplo, el Convenio Ciadi no incluye un concepto de inversión (de incluirlo sería un criterio objetivo).¹⁰⁷

La ausencia de un concepto de inversión ha generado múltiples problemas, los cuales aportan una lección útil para considerar una distinción entre IS e INS. Un caso emblemático de los arbitrajes llevados bajo el Convenio Ciadi es el caso Salini, donde se intentó establecer, con ambición de criterio objetivo, que el término inversión consistía en contribuciones económicas durante un cierto periodo de ejecución de una transacción, donde se toma parte en los riesgos de dicha transacción.¹⁰⁸ Como del amor al odio hay solo un paso, las críticas que ha recibido este criterio no son pocas.¹⁰⁹ Al intentar definir objetivamente el término inversión, muchos tribunales

¹⁰⁴ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum y Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2022), 26.

¹⁰⁵ Dejando de lado el estudio de uno de los problemas que se encuentra en el punto de partida del arbitraje de inversión: el consentimiento entre inversionista y Estado. Ver Jan Paulsson, "Arbitration without privity", *ICSID Review* 10, n.º 2 (1995): 232-257.

¹⁰⁶ Zachary Douglas, *The International Law of International Investment Claims* (New York: Cambridge University Press, 2009), 144-145.

¹⁰⁷ Ciadi, Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 14 de octubre de 1966, Washington, cuyo artículo 25(1) reza: "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una *inversión* entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado" (énfasis agregado).

¹⁰⁸ Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos, Caso Ciadi ARB/00/4, Laudo sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001, párrafo 52.

¹⁰⁹ Laurence Burger, "The trouble with Salini (Criticism of and alternatives to the famous test)", *Swiss Arbitration Association*, n.º 3 (2013): 145-160. En general, hay tribunales que han optado por apegarse al criterio, o recogerlo y modificarlo, o criticarlo por considerar que no es viable que este test se aplique estrictamente, mientras algunos defienden que si uno de los elementos es manifiesto podría ser suficiente, aunque falte otro de los elementos.

de arbitraje de inversión¹¹⁰ y autores¹¹¹ han mostrado su inconformidad con una definición propiamente objetiva y excluyente de una definición subjetiva.

Tomando esto en cuenta, distinguir entre IS e INS requiere determinar si se usa un criterio objetivo o subjetivo. Adicionalmente, es necesario reflexionar sobre las dificultades técnicas que vienen con la implementación de un criterio de esta clase y, luego, las formas en las que podría ser aplicado en favor del cambio climático.

3.1.2. *Entre la objetividad y subjetividad de la distinción*

La primera cuestión que hay que analizar es si la distinción entre IS e INS debería consistir en un criterio objetivo o subjetivo. Es necesario aclarar que este no es un requisito existencial de la inversión, por lo que esta distinción debe ser aplicada a sabiendas de que no afecta su existencia, sino que la categoriza y determina efectos posteriores.

Un criterio objetivo puede ser establecido de forma vinculante en un tratado multilateral, pertenezca o no al campo del derecho internacional de las inversiones; también es posible que sea establecido de forma no vinculante con investigaciones y determinaciones científicas. Un criterio subjetivo podría ser fijado en el tratado bilateral de inversiones a expensas de la determinación del Estado o en la legislación doméstica de cada Estado receptor de la inversión.

El problema con un criterio objetivo es que los Estados tienen situaciones y necesidades distintas. Si un Estado no considera la actividad A como INS, un criterio objetivo obligaría a categorizar esa actividad A como INS, lo que afectaría los intereses del Estado. Asimismo, en el caso de que un Estado quiera negociar con sus créditos de carbono,¹¹² un criterio objetivo podría afectar su capacidad para hacerlo.

Ahora bien, un criterio subjetivo en esta cuestión podría solucionar muchos problemas, pero disminuye la posibilidad de un movimiento totalmente coordinado para la mitigación de los impactos del cambio climático, ya que cada país adoptaría medidas distintas y podría plantearse la simplificación del criterio a conveniencia, retrasando la acción climática. Considerar la implementación de cualquiera de las dos opciones es controversial, por lo que la escogencia de un criterio subjetivo u objetivo dependerá de la situación climática de cada Estado y región.

¹¹⁰ En *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. República Unida de Tanzania*, Caso Ciadi ARB/05/22, Laudo final del 24 de julio de 2008, párrafos 314 y ss., el tribunal observó las dificultades presentadas por el test Salini.

¹¹¹ Jean Ho, "The meaning of 'Investment' in ICSID Arbitrations", *Arbitration International* 26, n.º 4 (2010): 639-641.

¹¹² Carbon Market Watch, "Carbon Markets 101. The ultimate guide to global offsetting mechanisms", julio de 2020, <https://carbonmarketwatch.org/publications/carbon-markets-101-the-ultimate-guide-to-global-offsetting-mechanisms/>. Sin ánimo de profundizar sobre el mercado de créditos de carbono, todo dependerá de si cada Estado maneja un sistema de crédito de comercio de emisiones o créditos límite.

Adicionalmente, establecer una distinción entre IS e INS acarrea un problema práctico que debe ser considerado. Renegociar o complementar los AII para incorporar una distinción conlleva un problema para una gran cantidad de inversionistas que poseen una inversión importante en un Estado receptor y contribuyen a su economía. Además, esta fórmula podría facilitar el abuso por parte de los Estados de los derechos de los inversionistas, ya que, como se expone en la siguiente sección, la relevancia de una distinción reside en la exclusión del ámbito de aplicación de un AII o en el establecimiento de obligaciones para los inversionistas.

3.1.3. *Aplicación de una distinción en la formulación de tratados de inversión*

Si se solucionan los problemas enunciados en los acápites anteriores, entonces habría que pensar qué hacer con esas distinciones. Existen dos opciones: 1) establecer *carve-outs* (recortes) en el ámbito de aplicación de los tratados de inversión, o 2) establecer obligaciones para los inversionistas sobre la base de la distinción; estas opciones no son mutuamente excluyentes.

Un recorte puede ser definido como aquellas disposiciones que remueven absoluta o parcialmente del ámbito de aplicación de un AII a ciertos sectores de inversión.¹¹³ Para considerar la primera opción es importante señalar la relevancia del derecho internacional de las inversiones en la materialización de un Estado de derecho efectivo,¹¹⁴ pues si se plantea excluir a las INS para solo proteger a las IS, alguien podría considerar que existe una violación del trato justo y equitativo o en general de los estándares de los AII.¹¹⁵ Sin embargo, esto ya sucede –por ejemplo, el Pacto Verde Europeo recogió la comunicación de la Comisión Europea respecto de la limitación de energías fósiles–.¹¹⁶ Como producto de la aceptación de los compromisos en el Acuerdo de París, es posible que los recortes en AII sean una buena alternativa para lograr los objetivos de desarrollo sostenible.

Sobre este particular, la opinión de Paine y Sheargold es ilustradora cuando explican que este tipo de cláusulas no deberían ser entendidas como contrarias al sistema actual y que forman parte de las prerrogativas del Estado para mitigar el

¹¹³ Joshua Paine y Elizabeth Sheargold, “A climate change carve-out for investment treaties”, *Journal of International Economic Law*, n.º 26 (2023): 291.

¹¹⁴ López, “El buen gobierno en los proyectos de tratado de inversión de la OCDE”, 191.

¹¹⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/00/2, Laudo final del 29 de mayo de 2003, párrafo 154. Es importante señalar que el estándar del trato justo y equitativo consiste en la expectativa de previsibilidad, transparencia, no arbitrariedad y racionalidad que el inversionista tiene respecto de la conducta del Estado.

¹¹⁶ Comisión Europea, Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra, COM(2018) 773, párrafo 21: “Para ello habrá que explorar nuevas fuentes de financiación, por ejemplo gravámenes resultantes de la aplicación coherente de los principios de ‘quien contamina paga’ y la eliminación progresiva de las subvenciones existentes a los combustibles fósiles”.

cambio climático.¹¹⁷ Sin embargo, el problema con establecer recortes o *carve-outs* es que ello requiere un esfuerzo coordinado para renegociar o complementar AII. Si bien es cierto que muchos países van en esa dirección, no es menos cierto que la influencia de actores económicos relevantes y la dinámica de negociación podrían obstaculizar el proceso.

Un enfoque sobre el recorte o *carve-out* que podría ser denominado absoluto fue tomado en el Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático (TSI)¹¹⁸ que distingue entre IS e INS. Particularmente, establece como objetivo la eliminación de estas últimas¹¹⁹ y, para hacerlo, establece la obligación de renegociar los tratados a fin de excluir a las INS¹²⁰ del SCIE.¹²¹

Ahora bien, a un enfoque absoluto le sigue otro parcial, por lo que es importante visualizar hasta qué punto sería más efectiva una limitación de esta naturaleza. Por ejemplo, el TSI establece una limitación al establecimiento de INS y una progresiva eliminación de cualquier tipo de beneficio aplicable.¹²² Este tipo de técnica es tanto menos agresiva como menos efectiva.

Finalmente, una última posibilidad que debe ser considerada en la distinción de IS e INS es el establecimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. La disposición de obligaciones para inversionistas es un problema que ha persistido en el sistema,¹²³ entonces, cabe preguntarse si al diferenciar entre IS e INS vale la pena establecer obligaciones reforzadas o específicas.

En particular, la propuesta sobre reconversiones del grupo de trabajo especializado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se destaca por especificar dónde pueden estar contenidas dichas obligaciones, señalando que será posible reconvenir por el incumplimiento del

¹¹⁷ Paine y Sheargold, “A climate change carve-out for investment treaties”, 293.

¹¹⁸ Martin Dietrich Brauch *et al.*, “Treaty on Sustainable Investment for climate change mitigation and adaptation”, s. f., <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>. El TSI es un proyecto que resultó ganador de un concurso, pero en realidad se trata de un tratado ficticio.

¹¹⁹ *Ibid.*, artículo 1(b): “The objective of this treaty is: [...] (b) to discourage Unsustainable Investments and eliminate new Unsustainable Investments”.

¹²⁰ *Ibid.*, artículo 2.6: “The Parties shall seek to renegotiate all their respective bilateral, regional and multilateral treaties that grant *substantive or procedural rights to Unsustainable Investors or their investments* so as to *exclude such Unsustainable Investors and their investments* from the scope of application of those treaties or to deny them access to investor–State dispute settlement procedures” (énfasis agregado).

¹²¹ *Ibid.*, artículo 9.1.3: “An Unsustainable Investor or its investment may not submit claims or counterclaims under this Part. Claims or counterclaims by Unsustainable Investors or their investments shall be subject to the exclusive jurisdiction of the domestic courts of the host State”.

¹²² Treaty on Sustainable Investment (TSI), arts. 2.5.1 y 2.5.4.

¹²³ Kraijakr Thiratayakinant, “Investors’ obligations under IIAs: Toward a practical solution”, *Columbia FDI Perspectives*, n.º 376 (2024): 1-2.

AII, el derecho doméstico, el contrato o cualquier otro instrumento vinculante.¹²⁴ A pesar de que no existe una mención expresa sobre obligaciones relacionadas con los derechos humanos, el grupo de trabajo ha considerado este problema y notado su relevancia.¹²⁵ Como corolario de esto, los avances en materia de cambio climático parecen llevar al establecimiento de responsabilidades en común y compromisos compartidos, lo cual es especialmente importante para alcanzar los objetivos que urgen en la opinión de quienes suscriben.

Establecer obligaciones para los inversionistas podría contribuir a lograr la justicia climática usando el arbitraje de inversión. También permitiría resarcir el daño ambiental causado por inversionistas, racionalizando uno de los muchos problemas del SCIE actual: la compensación de daños.¹²⁶ Restrepo propone que el cálculo de los daños en el arbitraje de inversión debería limitarse aplicando el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y capacidades respectivas, con la finalidad de hacer un tránsito del principio de compensación por completo (*full compensation*) hacia el primer principio.¹²⁷

No obstante, establecer obligaciones para los inversionistas podría acarrear serios problemas conceptuales y prácticos. En primer lugar, muchos han criticado el SCIE y los AII por ser asimétricos en la relación inversionista-Estado, pero lo cierto es que el sistema fue concebido para brindar beneficios a los inversionistas y no para mantener una relación de igualdad entre estos y Estado. En este sentido, el relator Boyd parece estar en lo cierto cuando afirma que el sistema simplemente ya no es compatible con la acción climática.

En segundo lugar, incluso si el primer problema puede ser pasado por alto, existe otro dilema conceptual que debe ser considerado. Los inversionistas, personas jurídicas o naturales, no son sujetos de derecho internacional público, al menos no en el sentido que permite establecer obligaciones para ellos. Aunque en la actualidad ya no sea posible ignorar la relevancia de los inversionistas en la protección de derechos humanos y así se haya reconocido en casos como el de Urbaser,¹²⁸ este sigue siendo un problema teórico que hay que resolver para que esto sea viable.

¹²⁴ Naciones Unidas, Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting issues, A/CN.9/WG.III/WP.231 de 2023. Ver en especial la cláusula 11 sobre reconveniones (*counterclaims*).

¹²⁵ Naciones Unidas, Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Procesos múltiples y reconveniones, A/CN.9/WG.III/WP.193 de 2020, 10, párrafo 40.

¹²⁶ Jonathan Bonniticha *et al.*, “Damages and ISDS reform: Between procedure and substance”, *Journal of International Dispute Settlement* 14, n.º 2 (2023): 239-240.

¹²⁷ Tomás Restrepo Rodríguez, *Investment Treaty Law and Climate Change* (Cham: Springer, 2022), 278.

¹²⁸ Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa vs. República Argentina, Ciadi ARB/07/26, párrafos 1193-1210.

En tercer lugar, huelga decir que es responsabilidad de cada Estado materializar la justicia ambiental dentro de su territorio. Esto, más que ser un problema, es una realidad que hay que tener presente. Aun cuando se justifique el establecimiento de obligaciones para los inversionistas, el medio ideal para lograr la justicia ambiental son los mecanismos jurisdiccionales de cada Estado y no el SCIE. Por no mencionar que un eventual reclamo en materia de derechos humanos simplemente escapa de la jurisdicción de un tribunal arbitral y, entonces, genera un problema de jurisdicciones concurrentes o paralelas.

3.2. Navegando el derecho y la obligación de regular

El derecho de los Estados a regular tiene, paradójicamente, su base en las obligaciones asumidas en tratados internacionales. Aunque es una potestad inherente a la soberanía estatal, este derecho se ha reafirmado últimamente en disposiciones de AII. En la primera sección se abordó la evolución del *corpus iuris* en materia de cambio climático, junto con la inevitable vinculación del derecho al medio ambiente y a la naturaleza con la dignidad humana, lo que ha generado obligaciones para los Estados relacionadas con la mitigación y adaptación al cambio climático establecidas en tratados internacionales. Para poder cumplir con dichas obligaciones, los Estados deben asumir conductas positivas que resultan en normas domésticas. En esta subsección se analiza el conflicto entre las normas que deriven del esfuerzo por cumplir con las obligaciones y los compromisos asumidos en materia de cambio climático y los derechos de los inversionistas.

Antes se mencionó el efecto conocido como *regulatory chill*, el cual consiste, *grosso modo*, en la influencia que las disputas de arbitraje de inversión pueden ejercer en la creación de normas destinadas a proteger áreas de interés.¹²⁹ La existencia o no de este fenómeno es difícil de probar, especialmente si se toma en cuenta lo difícil que es medir la consciencia de los legisladores sobre el riesgo de una demanda en el SCIE y la seguridad de los Estados al regular de buena fe.¹³⁰

¹²⁹ Kyla Tienhaara, “Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science”, en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, ed. por Chester Brown y Kate Miles (New York: Cambridge University Press, 2011), 607-608.

¹³⁰ *Ibid.*, 610-621.

Sin embargo, en casos como Tecmed,¹³¹ Metalclad,¹³² Compañía del Desarrollo Santa Elena,¹³³ Rockhopper,¹³⁴ Lone Pine Resources,¹³⁵ Uniper SE¹³⁶ y RWE AG,¹³⁷ por nombrar algunos, la base de los reclamos es la regulación ambiental que realizan los Estados demandados, respectivamente. Por lo que incluso si no existe tal cosa como el *regulatory chill*, ello no obsta para reconocer que el derecho a regular de los Estados ha afectado los derechos de los inversionistas, lo que ha llevado a reclamos de inversión.

Hay casos en los que se ha determinado que cumplir con obligaciones de derechos humanos y con obligaciones derivadas de AII no es mutuamente excluyente.¹³⁸ También hay otros casos en los que se ha decidido que sí es posible que los Estados tomen conductas que afectan la inversión, pero que no constituyen una violación de las obligaciones contenidas en AII, siempre que se justifique que dicha conducta sea de buena fe, proporcional, no discriminatoria y legítima.¹³⁹

En ese sentido, es interesante observar lo dicho por el tribunal de *Feldman*: “Los gobiernos deben ser libres de actuar en razón de un interés público a través de la protección del ambiente [...]. No es posible alcanzar regulaciones razonables de esta clase si cualquier negocio afectado puede buscar indemnización”.¹⁴⁰ De igual forma, el tribunal de *Parkerings* no condenó a Lituania al considerar

¹³¹ Tecmed vs. México, párrafos 35-51.

¹³² Metalclad Corporation vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/97/1, Laudo final del 30 de agosto de 2000.

¹³³ Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi ARB/96/1, Laudo final del 17 de febrero de 2000.

¹³⁴ Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd vs. República Italiana, Caso Ciadi ARB/17/14, Laudo final del 23 de agosto de 2022.

¹³⁵ Lone Pine Resources Inc. vs. Canadá, Caso Ciadi UNCT/15/2, Laudo final del 21 de noviembre de 2022.

¹³⁶ Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. vs. Reino de Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/22, Memorial de demanda del 20 de mayo de 2022.

¹³⁷ RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/4, Memorial de demanda del 18 de diciembre de 2021.

¹³⁸ Ursula Kriebaum, “Chapter 6. Human Rights and International Investment Arbitration”, en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. por Thomas Schulz y Federico Ortino (New York: Oxford University Press, 2020), 179 y ss. En el caso de SAUR International vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/04/4, Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 6 de junio de 2012, párrafo 330; y en el caso CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/01/8, Laudo final del 12 de mayo de 2005, párrafos 115-121, el tribunal determinó que la violación de los tratados de inversión por Argentina no podía ser justificada por la protección de derechos humanos.

¹³⁹ Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/07/26, párrafo 992.

¹⁴⁰ Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/99/1, Laudo final del 16 de diciembre de 2002, párrafo 103.

que prohibió la construcción de un estacionamiento con el único objetivo de proteger el ambiente.¹⁴¹

Más recientemente, en el caso de *Aven*, el tribunal determinó que bajo el AII debía darse preferencia a la protección ambiental por encima de los derechos de los inversionistas, salvando que el tribunal interpretó esto por una disposición textual del AII y, en todo, caso dicha preferencia debe ser cónsona con los principios del derecho internacional.¹⁴² Aunque el tribunal decidió con base en el texto específico del AII, la decisión de *Aven* crea un vínculo indirecto entre el SCIE y los derechos humanos.¹⁴³

Vale la pena apuntar que en este caso la controversia giraba en torno a delimitar el interés público y el interés privado dentro del SCIE. De esa delimitación surge, en primer lugar, un problema respecto de la consideración de empresas como sujetos de derecho internacional¹⁴⁴ y, en segundo lugar, un problema respecto del alcance del derecho a regular de los Estados.¹⁴⁵

Precisamente, hay otro precedente importante sobre el derecho a regular de los Estados. En el caso de *Michael Anthony Lee-Chin*, el tribunal reconoció que si bien es cierto que la protección del medio ambiente es una prioridad en todas las actividades humanas, no es menos cierto que esa actividad debe ser sometida al análisis del cumplimiento de obligaciones derivadas de AII.¹⁴⁶ En nuestra opinión, la comunidad ha llegado ya al consenso de que debe existir un margen de apreciación amplio en cuanto a la regulación aplicada por los Estados para salvaguardar intereses públicos, más aún cuando se trata de regulaciones creadas con el fin de mitigar o adaptarse al cambio climático, pero nunca se ha acordado que ese margen deba ser irracional.

El escenario en el que la protección de esos intereses choca directamente con las obligaciones asumidas en un AII es extraño, pues el estándar bajo el cual deben ser revisadas las regulaciones de un Estado es uno que se encaja en la protección del inversionista, por lo que la cuestión queda circunscrita a un análisis de los estándares de protección del AII. Puesto de otro modo, ¿si un Estado impone una regulación de este tipo siguiendo un procedimiento público, transparente, de buena fe y persiguiendo un fin legítimo, aún sería posible decir que existe un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el AII?

¹⁴¹ *Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania*, Caso Ciadi ARB/05/8, Laudo final del 11 de septiembre de 2007, párrafo 392.

¹⁴² *David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shioleno, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso vs. República de Costa Rica*, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018, párrafo 412.

¹⁴³ Debadatta Bose, “*David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law*”, *ICSID Review* 35, n.º 1-2 (2020): 28.

¹⁴⁴ *David R. Aven vs. Costa Rica*, párrafo 734.

¹⁴⁵ Tomás Restrepo Rodríguez, “*David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión*”, *Discusiones* 26, n.º 1 (2021): 167-170.

¹⁴⁶ *Michael Anthony Lee-Chin vs. República Dominicana*, Caso Ciadi UNCT/18/3, Laudo final del 6 de octubre de 2023, párrafos 238 y 245.

Nuestra opinión es que si un Estado cumple con crear regulaciones de buena fe, de forma no discriminatoria, pública, transparente y persiguiendo un fin legítimo, no incumple con sus obligaciones. Como se mencionó, con el objeto de evitar controversias y ambigüedades, los AII se están dirigiendo a la complementación, interpretación y reforma para incluir el derecho a regular de los Estados. Lo anterior responde a los reclamos que se han suscitado cuando los Estados afirman que no han incumplido con las obligaciones derivadas del AII al establecer regulaciones que afectan a inversiones protegidas.

Un ejemplo de la regulación expresa del derecho a regular se encuentra en el TSI,¹⁴⁷ en el texto de la reforma del Tratado de la Carta de Energía,¹⁴⁸ en las declaraciones conjuntas en algunos AII, como los que existen entre Colombia e India¹⁴⁹ y Canadá y la Unión Europea.¹⁵⁰ Visto de esta forma, proteger el derecho a regular se ha vuelto una prioridad, especialmente para poder asegurar la materialización de la acción climática a nivel mundial. Sin embargo, es importante no dejar de lado el análisis objetivo sobre la conducta de los Estados; de lo contrario, al igual que se advierte en relación con el establecimiento de *carve-outs*, simplemente se estaría dando vía libre a conductas arbitrarias por parte de los Estados.

3.3. Los AII frente a las obligaciones en materia de derechos humanos: el caso del cambio climático

En esta última sección se reflexiona sobre el punto en el que un Estado se encuentra obligado a asumir conductas positivas en conexión con el cambio climático. Concretamente, hasta qué punto esa obligación puede verse reflejada en un AII y, como consecuencia, hacia dónde se podría dirigir la comunidad internacional.

Al respecto, el caso de los tratados intraeuropeos es particularmente ilustrador. En el año 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó la incompatibilidad de la disposición de arbitraje contenida en un AII con el derecho

¹⁴⁷ TSI, artículo 5.1. El artículo de este modelo de tratado especifica qué conductas no pueden ser consideradas como violatorias del tratado siempre que sean llevadas a cabo de buena fe y de forma no discriminatoria.

¹⁴⁸ Comisión Europea, Agreement in principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty, Trade/B3/JGW/eg/5097621 de 2022. En un nuevo artículo se reconoce el derecho a regular de los Estados.

¹⁴⁹ Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República de la India sobre el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre India y Colombia, del 10 de noviembre de 2009, nota 4 sobre el artículo 3: “Para mayor claridad, el estándar de ‘trato justo y equitativo’ bajo el artículo 3 no requiere compensación por medidas diseñadas o aplicadas para cumplir objetivos de política pública, incluyendo pero no limitándose a: a) la protección o mejora de los recursos naturales y el medio ambiente”.

¹⁵⁰ Proyecto de Interpretación del Comité Mixto del Acuerdo Económico y Comercial Global relativo a la interpretación del artículo 8.10, el anexo 8-A, el artículo 8.9 y el artículo 8.39 del Acuerdo, puntos 3 y 4.

europeo.¹⁵¹ Lo que decidió el TJUE es que los tribunales arbitrales no forman parte del sistema de justicia de la UE, por lo que no pueden garantizar la efectividad del derecho europeo. Esta decisión produjo el acuerdo adoptado por la UE para la terminación de AII intraeuropeos,¹⁵² por medio del cual se intentaba lograr la terminación de 130 tratados y, especialmente, prohibir que sirvieran de base para el establecimiento de arbitrajes.¹⁵³

Recientemente el TJUE condenó al Reino Unido por haber violado sus obligaciones al ejecutar un laudo Ciadi en el que se condenaba a Rumania.¹⁵⁴ El problema es que los demandantes en ese caso habían intentado ejecutar el laudo en distintos países,¹⁵⁵ cosa que, de acuerdo con la Convención del Ciadi, debía proceder como si fueran decisiones nacionales, pero esos otros países se negaron a ejecutar el laudo en razón de una decisión de la Comisión Europea sobre el mismo asunto, en donde estableció que ejecutar el laudo es incompatible con la ayuda estatal prevista en el Tratado de la UE.¹⁵⁶

El TJUE se pronunció afirmando que en vista de la primacía del derecho de la UE “un laudo arbitral era incompatible con los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, de modo que no debía producir efecto alguno”. De manera que “el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de la ejecución forzosa de ese laudo arbitral está obligado a no aplicarlo”, todo en vista de que “la competencia exclusiva de la Comisión para apreciar la compatibilidad de una ayuda de Estado con el mercado interior se impone en el ordenamiento jurídico interno”.¹⁵⁷

Los dos casos analizados han agitado el mundo del arbitraje de inversión en Europa y la razón no tiene nada que ver con el cambio climático. Sin embargo, el relato de estos dos casos y sus implicaciones en Europa dejan una plataforma para reflexionar, por ejemplo: ¿pueden los AII ser incompatibles con los criterios establecidos

¹⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso República Eslovaca vs. Achmea BV, Sentencia del 6 de marzo de 2018, párrafos 58-60.

¹⁵² Unión Europea, “Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Boletín Oficial de la Unión Europea* n.º L 169/3 de 29 de mayo de 2020.

¹⁵³ Devin Bray y Surya Kapoor, “Agreement on the termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2020, <https://arbitrationblog.kluwer-arbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>

¹⁵⁴ Ioan Micula, Viorel Micula y otros vs. Rumanía (I), Caso Ciadi ARB/05/20, Laudo final del 11 de diciembre de 2013.

¹⁵⁵ James Hope, Nils Ivars, Kateryna Lazarchuk, “Last gasps of Brexit: The CJEU Holds that the UK Breached EU Law in a continuation of the Micula Saga”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de mayo de 2024, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/01/last-gasps-of-brex-it-the-cjeu-holds-that-the-uk-breached-eu-law-in-a-continuation-of-the-micula-saga/>

¹⁵⁶ Comisión de la Unión Europea, Decisión 2015/1470 del 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Rumanía Laudo Arbitral Micula/Rumanía del 11 de diciembre de 2013.

¹⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia de 14 de marzo de 2024, párrafos 41 y 172.

en el sistema interamericano o en el sistema universal de protección de derechos humanos? De serlo, ¿qué consecuencias acarrea? Para responder estas preguntas es útil examinar la decisión en el Caso La Oroya, donde un voto concurrente establece:

Todo lo anterior no implica desconocer el derecho soberano de los Estados sobre la determinación de sus políticas y la disponibilidad de sus recursos conforme a las reglas del Derecho Internacional; *sino que el actual enfoque sostenible exige que los Estados se relacionen entre sí por vínculos de solidaridad internacional y en aras de la solidaridad inter e intrageneracional a fin de aunar esfuerzos en la investigación, tecnología, precaución, planificación y contralor del medio ambiente.*¹⁵⁸ (Énfasis agregado)

En el mismo voto se hace énfasis en que la obligación de protección del medio ambiente “cumple con las características propias de las normas de *jus cogens*, irradiando sus efectos a todo el sistema de derecho internacional”.¹⁵⁹ De manera que el Caso de la Oroya define estándares respecto de la obligación de proteger el medio ambiente, asentando en el sistema interamericano la obligación de generar condiciones equitativas para el desarrollo sostenible.

En el caso de *Klimaseniorinnen Schweiz*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció por primera vez que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprenden obligaciones positivas para proteger a individuos de los efectos adversos del cambio climático, condenando a Suiza por la falta de identificación, desarrollo e implementación de un marco legislativo y administrativo dirigido a adaptarse o mitigar los efectos del cambio climático.¹⁶⁰

Tanto La Oroya como *Klimaseniorinnen* son casos que permiten reflexionar sobre el rol de los AII en la materialización de los objetivos de desarrollo de los Estados, los cuales tienen que ser entendidos como vinculados al medio ambiente. La tensión entre la acción climática y los AII ha impulsado una voluntad de reforma en los acuerdos actuales, junto con otros problemas tradicionales en este ámbito del derecho. Calverts, siguiendo a Roberts, clasifica esas reformas en 1) incrementales, 2) cambios de paradigma, 3) sistemáticas y 4) de pesos compartidos.¹⁶¹

La última clasificación de las reformas que atraviesan los AII puede ser esencial para lograr la compatibilidad del SCIE con la acción climática, pues, como se sugirió, el establecimiento de obligaciones para los inversionistas podría ayudar a mitigar el

¹⁵⁸ Corte IDH, Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú (voto concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch), párrafo 124.

¹⁵⁹ *Ibid*, párrafo 165.

¹⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Klimaseniorinnen Schweiz* y otros vs. Confederación Suiza, Sentencia del 9 de abril de 2024, párrafo 573.

¹⁶¹ Julia Calvert, *The Politics of Investment Treaties in Latin America* (New York: Oxford University Press, 2022), 9-11.

impacto negativo del SCIE sobre la acción climática, especialmente si los Estados deben lograr sus objetivos de desarrollo de una forma sostenible.

Como consecuencia de lo anterior, es lógico pensar que si el desarrollo de los Estados tiene que ser entendido en función de los compromisos internacionales de protección del medio ambiente, entonces, los Estados que consideren la promoción y protección de inversiones como parte de su estrategia de desarrollo nacional deberán procurar tener AII que sean compatibles con la acción climática. Por lo que ya no es posible afirmar que la promoción y la protección de inversiones pueda desconocer los compromisos que los Estados han asumido en materia de cambio climático y, entonces, al implementar más reformas es importante considerar si el SCIE puede ser útil para cumplir con los objetivos climáticos

Conclusiones

Desde la primera conferencia que reconoció la urgencia de tomar medidas respecto del cambio climático, hasta el Acuerdo de París, nuestro mundo se encuentra sumido en una situación de crisis climática. Los ámbitos desde los que se debe abordar el problema son absolutamente todos. No es posible reservar la urgencia de la acción climática a ciertos ámbitos, mientras excluimos a otros que puedan tener especial trascendencia, como es el de las inversiones extranjeras.

Si antes se dijo que el SCIE contribuye a la materialización de un Estado de derecho, entonces, ahora no es posible voltear la cara y dejar sin respuesta los interrogantes relacionados con el impacto que producen los AII en la acción climática, los cuales se reducen en algo no muy lejano a un temor, pues en definitiva el efecto de un AII que ignora dichos interrogantes consiste en el riesgo financiero de implementar políticas públicas susceptibles de iniciar un conflicto multimillonario.

Para dar respuesta a esos interrogantes hay que, en primer lugar, empezar el debate sobre el futuro de los AII. Ya en algunos lugares ha comenzado la discusión, pero en otros parece ser ignorada. El SCIE ha formado parte de la historia de las empresas internacionales por largo tiempo, su valor como mecanismo para fomentar el comercio internacional y la seguridad de las transacciones no es algo que esté en discusión, pero debe progresar con las necesidades del mundo.

En segundo lugar, hay que reconocer cuáles son las tensiones y oportunidades que se presentan entre el derecho internacional de las inversiones y el cambio climático. Este ejercicio fundamental trae consigo la implementación de compromisos internacionales, los cuales son prioritarios en razón de la crisis climática que enfrenta el mundo.

Consecuentemente, la agenda de objetivos que deben ser logrados por los Estados es muy específica, pero la manera en que lo harán dependerá de cada uno. Uno de esos métodos en común es el de complementar, interpretar, reformar o terminar los AII en función del cambio climático, pues al otorgarles visión climática a los AII

y dilucidar en qué consiste la actividad regulatoria de los Estados motivada por el cambio climático, los Estados podrán enlazar el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sin sacrificar la promoción de inversiones. Además, el rol de los tribunales de arbitraje de inversión en esta tarea parece ser tan importante como el de la modificación de AII.

En tercer lugar, dentro de los grandes problemas que pueden lograr el tránsito hacia un cambio de paradigma en el régimen de los AII se encuentra la distinción entre IS e INS, junto con los usos de tal distinción. Para ello hay que determinar 1) si se genera un criterio objetivo o subjetivo y 2) si en virtud de esa distinción se limita el ámbito de protección de un AII o se establecen obligaciones para inversionistas.

Habrà que volver también a la constante pregunta sobre el contenido y alcance del derecho y la obligación de regular que recae sobre los Estados. Es decir, el estándar que hay que crear respecto de la formulación, discusión, aprobación e implementación de políticas sobre áreas protegidas que puedan afectar los derechos de los inversionistas. De igual manera, debemos reflexionar sobre la relación entre derechos humanos y derecho internacional de las inversiones, desde la perspectiva de la compatibilidad de obligaciones en materia de derechos humanos con los AII.

Finalmente, la reforma de los AII y, consecuentemente, del SCIE para minimizar su impacto negativo en el acceso y goce de los derechos humanos, así como para facilitar la transición a energías renovables como traducción inmediata de los compromisos asumidos por los Estados en vista de la emergencia climática, representa en definitiva un objetivo del constitucionalismo transformador. No es posible concebir un sistema constitucional realmente funcional que ignore el impacto de los acuerdos económicos suscritos por los Estados, puesto que para alcanzar un Estado de derecho en donde la sociedad se desarrolle sosteniblemente es necesario que se entienda y asuma la relevancia del impacto ambiental de las actividades de promoción, tal como sucedió con el derecho al desarrollo. Fallar en comprender esto solo representa un fracaso estructural en la tarea de garantizar derechos que detenta el Estado.

Todos estos puntos son tan solo un abreboza de una extensa discusión que el mundo aún tiene por delante. Este trabajo no constituye una revisión exhaustiva de la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, sino más bien una introducción a un asunto que urge tratar. Muy especialmente, este trabajo es una revisión de los conflictos que enfrentan los Estados para asegurar los derechos humanos que deben e intentan garantizar constitucional e internacionalmente, al margen de lo cual, es necesario encontrar la manera de aprovechar el SCIE para facilitar la consecución de objetivos climáticos.

Bibliografía

DOCTRINA

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. “Capítulo XXIX. El derecho internacional económico (I): la promoción del desarrollo”. En *Instituciones de derecho internacional público*. Editado por Manuel DIEZ DE VELASCO, 728-729. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- ÁLVAREZ CONTRERAS, Juan. “El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión”. En *Perspectivas sobre el desarrollo sostenible en Colombia*. Coordinado por Lyndon W. JAY y Luis Ferney MORENO, 139-194. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023.
- ÁLVAREZ SANZ, Borja y Ana Isabel FERNÁNDEZ ALONSO. “Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones”. En *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*. Coordinado por Jorge Luis COLLANTE GONZÁLEZ, 41-72. Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023.
- ÁLVAREZ ZÁRATE, José Manuel y Diana María BELTRÁN VARGAS. “La interpretación de los tratados de inversión”. En *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*. Editado por José ÁLVAREZ ZÁRATE y Maciej Z. ENKIEWICZ, 97-114. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- ÁLVAREZ, Gloria María, Blazej BLASIKIEWICZ, Tabe VAN HOOLWERFF, Keoplatra KOUTOUZI, Nikos LAVRANOS, Mary MITSU, Emma SPITERI-GONZI, Adrian VERDEGAY MENA y Piotr WILLINSKI. “A Response to the Criticism against ISDS by EFILA”. *Journal of International Arbitration* 33, n.º 1 (2016): 1-36.
- ASOCIACIÓN AMBIENTE Y SOCIEDAD. “Colombia necesita el Acuerdo de Escazú”, 2021. <https://www.ambienteysociedad.org.co/colombia-necesita-el-acuerdo-de-escazu/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Escaz%C3%BA%20es%20un%20tratado%20ovisionario,y%20la%20protecci%C3%B3n%20ambiental%20desde%20una%20perspectiva%20regional>
- AYALA CORAO, Carlos. “La mundialización de los derechos humanos”. En *La mundialización del derecho*. Coordinado por Irene DE VALERA. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.
- AYALA CORAO, Carlos. *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos (la internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados)*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024.
- BAETENS, Freya. “Combating climate change through the promotion of green investment: From Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement”. En *Research Handbook on Environment and Investment Law*. Editado por Kate MILES, 107-130. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- BALCERZAK, Filip. “Los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones”. En *El Derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*. Editado por José ÁLVAREZ ZÁRATE y Maciej Z. ENKIEWICZ, 609-643. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

- BARKER, Paul. "Sustainable investment, deep decarbonization, and investor-state dispute settlement: The failure to align the investment treaty system with climate change law & policy?". *Blog de Stanford Law Publications*, 10 de mayo de 2021. <https://law.stanford.edu/publications/sustainable-investment-deep-decarbonization-and-investor-state-dispute-settlement-the-failure-to-align-the-investment-treaty-system-with-climate-change-law-policy/>
- BERGE, Tarald y Axel BERGER. "Do investor-state dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of respondent state bureaucratic capacity". *Journal of International Dispute Settlement*, n.º 12 (2021): 1-41.
- BODANSKY, Daniel, Jutta BRUNNÉE y Lavanya RAJAMANI. *International Climate Change Law*. New York: Oxford University Press, 2017.
- BONNITCHA, Jonathan y Sarah BREWIN. "Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?". *Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible* (2020). [compensation-investment-treaties-es.pdf](https://www.iisd.org/publications/compensation-investment-treaties-es.pdf) (iisd.org)
- BONNITCHA, Jonathan, Malcolm LANGFORD, José M. ÁLVAREZ-ZÁRATE y Daniel BEHN. "Damages and ISDS Reform: Between procedure and substance". *Journal of International Dispute Settlement* 14, n.º 2 (2023): 213-241.
- BOSE, Debadatta. "David R. Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law". *Icsid Review* 35, n.º 1-2 (2020): 20-28.
- BRAY, Devin y Surya KAPOOR. "Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?". *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2020. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>
- BURGER, Laurence. "The trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)". *Swiss Arbitration Association*, n.º 3 (2013): 145-160.
- CALVERT, Julia. *The Politics of Investment Treaties in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2022.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. "Resolving climate change related disputes through arbitration and ADR". *ICC Commission Report* (2019).
- CARBON MARKET WATCH. "Carbon Markets 101. The ultimate guide to global offsetting mechanisms", julio de 2020, <https://carbonmarketwatch.org/publications/carbon-markets-101-the-ultimate-guide-to-global-offsetting-mechanisms/>
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*. Caracas: Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, 2015.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Carga de casos del Ciadi - Estadística Edición 2023-II". https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf

- COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. “El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución”. En *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*. Coordinado por Jorge Luis COLLANTES GONZÁLEZ, 13-40. Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). “Banca multilateral y OCDE consideran fundamental el Acuerdo de Escazú para generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles | Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú”. Cepal, 2022. <https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es/noticias/banca-multilateral-ocde-consideran-fundamental-acuerdo-escazu-generar-un-clima-inversiones>
- COMISIÓN EUROPEA. “Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra”, COM (2018) 773 de 2018.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010*. Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2010.
- COTULA, Lorenzo. “International investment law and climate change: Reframing the ISDS reform agenda”. *Journal of World Investment & Trade*, n.º 24 (2023): 766-791.
- DIETRICH BRAUCH, Martin, Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER, Howard MANN, Mintewab AFEWORK ABEBE, Maria Bisila TORAO GARCÍA, Temur POTASKAEVI, Gus VAN HARTEN, Aaron COSBEY, Ivetta GERASIMCHUK, Yanick TOUCHETTE, Lourdes SÁNCHEZ, Erica PETROFSKY, Karin TREYER, Katherine CLARK, Ziona EYOB. “Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation”, s. f. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>
- DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Cristoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2022.
- DOUGLAS, Zachary. *The International Law of International Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- DOWLE, Jay, Robert BERKELEY, Suely MACHADO CARVALHO, Nadan CHIRMULAY, Jacques VAN ENGEL, Kasper KOEFOED HANSEN, Stuart KELLY, William KWAN, Clint NORRIS, Frank PINTO, Alejandro RAMÍREZ-PABÓN, Anil SOOKDEO y Bert VEENENDAL. *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono: 20 años de éxito*. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.
- DUARTE, Carlos M. “El Protocolo de Kioto: ¿logro o fracaso?”. *El Español*, 5 de enero de 2018. https://www.elespanol.com/ciencia/20180105/protocolo-kioto-logro-fracaso/272842718_12.html
- ECHAIDE, Javier. “El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y gobernabilidad democrática”. En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*.

- Coordinado por Armin VON BOGDANDY, Pedro SALAZAR UGARTE, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Franz CHRISTIAN EBERT, 143-170. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.
- GALINDO, Luis Miguel, José Eduardo ALATORRE, Jimmy FERRER CARBONELL, Orlando REVES y Luis SÁNCHEZ. *Ocho tesis sobre el cambio climático y el desarrollo sostenible en América Latina*. Santiago de Chile: Cepal, 2015. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3c816d04-94d8-41e5-bdbf-9f3a96c8618a/content>
- GARCÍA MAGARIÑO, Sergio y Unai BELINTXON MARTIN. “Pacto Verde Europeo: las dificultades de las que parte España para poder cumplir”. *The Conversation*, 5 de diciembre de 2021. <https://theconversation.com/pacto-verde-europeo-las-dificultades-de-las-que-parte-espana-para-poder-cumplir-172744>
- GÓMEZ-MORENO, Juan. “El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”. *Themis Revista de Derecho*, n.º 82 (2022): 123-144.
- GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. “Informe de Síntesis del Sexto Informe de Evaluación (AR6)”. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf
- HO, Jean. “The meaning of ‘Investment’ in ICSID Arbitrations”. *Arbitration International* 26, n.º 4 (2010): 633-648.
- HOFFMAN, Matteo. “El Acuerdo de París funciona según lo previsto, pero aún queda un largo camino por recorrer”. *International Science Council Blog*, 1 de noviembre de 2022. <https://es.council.science/blog/the-paris-agreement-is-working-as-intended-but-weve-still-got-a-long-way-to-go/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20es%20un%20medio%2C%20no,ambici%C3%B3n%20y%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20sus%20planes%20clim%C3%A1ticos>
- HOPE, James, Nils IVARS y Kateryna LAZARCHUK. “Last gasps of Brexit: The CJEU Holds that the UK Breached EU Law in a Continuation of the Micula Saga”. En *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de mayo de 2024. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/01/last-gasps-of-brexit-the-cjeu-holds-that-the-uk-breached-eu-law-in-a-continuation-of-the-micula-saga/>
- JOHNSON, Lise, Lisa SACHS, Brooke GÜVEN y Jesse COLEMAN. “Costos y beneficios de los tratados de inversión: consideraciones prácticas para los Estados”. *Columbia on Sustainable Investment* 2018). <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/spanish.pdf>
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Michelle POTESTÀ. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options, European Yearbook of International Economic Law*. Cham: Springer International Publishing, 2020.
- KRIEBAUM, Ursula. “Chapter 6. Human Rights and International Investment Arbitration”. En *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Editado por Thomas SCHULZ y Federico ORTINO, 150-185. New York: Oxford University Press, 2020.

- LOISEAU, Virginie, Christine WEIDENSLAUFER y Paola ÁLVAREZ. “El Greenwashing o ‘lavado verde’ en la legislación comparada”. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, n.º SUP 131831.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “Capítulo XXXI. La protección internacional de medio ambiente (I): Régimen general”. En *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editado por Manuel DIEZ DE VELASCO, 762-789. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- MILES, Wendy 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* 34, n.º 1 (2019): 1-31.
- MINISTERIO DE COMERCIO, Industria y Turismo-Dirección de Inversión Extranjera y Servicios de la República de Colombia. “Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) y sus principales características”, 2020. dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx (tlc.gov.co)
- MONZONÍS SALVIA, José. “El Protocolo de Kioto”. *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 35 (2005): 19-39.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza. “Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una Nueva Constitución”. *Revista Ius et Praxis* 24, n.º 3 (2018): 379-420.
- ONU COMERCIO Y DESARROLLO UNCTAD. Nota de la Secretaría de la Unctad, Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2. TD/B/C.II/42 de 2019.
- ONU COMERCIO Y DESARROLLO. *International Investment Agreements Issues Note. Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action*. New York: ONU, 2022.
- ONU COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, s. f. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf
- ONU COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones. Res. A/55/10, 2000. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2000_v2_p2.pdf
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable*. OCDE, 2023. [7abea681-es.pdf](https://oecd-ilibrary.org/7abea681-es.pdf) (oecd-ilibrary.org)
- PAINE, Joshua. “Failure to take reasonable environmental measures as a breach of investment treaty?”. *Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 4 (2017): 745-754.
- PAINE, Joshua y Elizabeth SHEARGOLD. “A climate change carve-out for investment treaties”. *Journal of International Economic Law* n.º 26 (2023): 285-304.
- PAULSSON, Jan. “Arbitration without privity”. *ICSID Review* 10, n.º 2 (1995): 232-257.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza. “Derecho internacional de inversiones. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana”. En *Retos actuales del derecho*

- internacional privado. Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado*, 147-172. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015.
- RAJAMANI, Lavanya y Jacqueline PEEL. "International environmental law. Changing context, emerging trends and expanding frontiers". En *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Editado por Lavanya RAJAMANI y Jacqueline PEEL, 1-30. New York: Oxford University Press, 2021.
- RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. "David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión". *Discusiones* 26, n.º 1 (2021): 159-180.
- RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. *Investment Treaty Law and Climate Change*. Cham: Springer, 2022.
- RODRÍGUEZ S., Liliana. "Protocolo de Kyoto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático". *Gestión y Ambiente* 10, n.º 2 (2007): 119-128.
- SCHULTZ, Thomas y Cédric DUPONT. "Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study". *The European Journal of International Law* 25, n.º 4 (2014): 1147-1168.
- STEININGER, Silvia. "Investment and human rights in the shadow of the pandemic: Recent developments in 2020". En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2020*, 201-225. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- STOPFER, Nicole, Marie Christine FUCHS y Georg DUFNER. "El Acuerdo de Escazú. Luces y sombras de la política medioambiental regional". *Agenda Estado de Derecho*, 23 de abril de 2021. <https://agendaestadodederecho.com/el-acuerdo-de-escazu/>
- THIRATAYAKINANT, Kraijakr. "Investors' obligations under IIAs: Toward a practical solution". *Columbia FDI Perspectives*, n.º 376 (2024).
- TIENHAARA, Kyla. "Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science". En *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Editado por Chester BROWN y Kate MILES, 606-627. New York: Cambridge University Press, 2011.
- VEGA, Jorge. "La solución de diferencias relativas a inversiones entre un inversor extranjero y un Estado, análisis crítico de la situación actual en Sudamérica". Tesis para el grado de Magíster en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/Txt-4500/UCC4810_01.pdf
- VERNET, Jaume y Jordi JARIA. "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional". *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 513-533.
- VON BOGDANDY, Armin, Franz Christian EBERT, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN, Pedro SALAZAR UGARTE y Ximena SOLEY. "Ius Constitutionale Commune en América Latina (Iccal) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción". En *El constitucionalismo*

transformador en América Latina y el derecho económico internacional de la tensión al diálogo. Coordinado por Armin VON BOGDANDY, Pedro SALAZAR UGARTE, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Franz Christian EBERT, 3-32. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

ZABALETA, Sebastián y Raúl RUIZ. “La doctrina del *forum non conveniens*: ¿amiga o enemiga del derecho internacional pPrivado?”. En *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela*, n.º 5. Coordinado por Claudia MADRID MARTÍNEZ, 361-385. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2023.

JURISPRUDENCIA

BIWATER GAUFF (TANZANIA) LIMITED VS. REPÚBLICA UNIDA DE TANZANIA, Caso Ciadi ARB/05/22, Laudo final de 24 de julio de 2008.

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY VS. REPÚBLICA DE ARGENTINA, Caso Ciadi ARB/01/8, Laudo final del 12 de mayo de 2005.

COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA S.A. VS. REPÚBLICA DE COSTA RICA, Caso Ciadi ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, pronunciada por la Sexta Sala de Revisión.

CORTE IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (voto concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch).

CORTE IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

CORTE IDH, Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia y la República de Chile sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 09 de enero de 2023.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia sobre obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, de 15 de noviembre de 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sentencia STC 4360/2018 de 05 de abril de 2018, Sala de Casación Civil.

David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018.

Eco Oro Minerales Corp vs. República de Colombia, Caso Ciadi ARB/16/41, Laudo final del 09 de septiembre de 2021.

Ioan Micula, Viorel Micula y otros vs. Rumanía (I), Caso Ciadi ARB/05/20, Laudo final del 11 de diciembre de 2013.

- Lone Pine Resources Inc. vs. Canadá, Caso Ciadi UNCT/15/2, Laudo final del 21 de noviembre de 2022.
- Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/99/1, Laudo final de 16 de diciembre de 2002.
- Metalclad Corporation vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/97/1, Laudo final del 30 de agosto de 2000.
- Michael Anthony Lee-Chin vs. República Dominicana, Caso Ciadi UNCT/18/3, Laudo final de 6 de octubre de 2023.
- Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania, Caso Ciadi ARB/05/8, Laudo final del 11 de septiembre de 2007.
- Peter A Allard vs. Barbados, PCA Case 2012-06, Laudo final del 27 de junio de 2016.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA, Abal Hermanos SA vs. Uruguay, Caso Ciadi ARB/10/7, Laudo final de 8 julio de 2016.
- Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd vs. República Italiana, Caso Ciadi ARB/17/14, Laudo final del 23 de agosto de 2022.
- RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos, Caso CIADI ARB/21/4, Memorial de demanda del 18 de diciembre de 2021.
- Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos, caso Ciadi ARB/00/4, Laudo sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.
- SAUR International vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/04/4, Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 6 de junio de 2012.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/00/2, Laudo final del 29 de mayo de 2003.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Caso República Eslovaca vs. Achmea BV, Sentencia del 6 de marzo de 2018.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Caso Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia del 14 de marzo de 2024.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Klimaseniorinnen Schweiz y otros vs. Confederación Suiza, Sentencia del 9 de abril de 2024.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, Opinión Consultiva presentada por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional de 21 de mayo de 2024.
- Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. vs. Reino de Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/22, Memorial de demanda del 20 de mayo de 2022.
- Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/07/26, Laudo final del 8 de diciembre de 2016.

TRATADOS, DECLARACIONES Y RESOLUCIONES

- CIADI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 14 de octubre de 1966.

- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el Pacto Verde Europeo. COM (2019) 640 de 2019.
- COMISIÓN EUROPEA. Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty. Trade/B3/JGW/eg/5097621 de 2022.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. A/CONF.151/26 (VOL. I) DE 1992, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO HUMANO. Declaración de Estocolmo. Resoluciones 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII de 1972.
- CONFERENCIA DE LAS PARTES DE LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 de 1997.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. 23 de mayo de 1968. DOC. A/CONF. 39/27.
- DECLARACIÓN INTERPRETATIVA CONJUNTA ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE LA INDIA SOBRE EL ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES ENTRE INDIA Y COLOMBIA DE 4 DE JULIO DE 2018.
- GOBIERNO DE LOS PAÍSES BAJOS. Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos, 2019. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treatyfiles/5832/download>
- GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC). *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change*. Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Protección del medio ambiente y desarrollo. Res. A/RES/45/94 de 1994.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Res. A/RES/70/1 de 2015.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Res. A/73/163 de 2018.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Promoción del derecho al medio ambiente sano. Res. A/76/L.75 de 2022.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático. Res. A/RES/77/276 de 2023.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 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. Res. A/78/168 de 2024.

NACIONES UNIDAS. Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconveniones. A/CN.9/WG.III/WP.193 de 2020.

NACIONES UNIDAS. Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting issues. A/CN.9/WG.III/WP.231 de 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969. OEA.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Acuerdo de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe del 4 de junio de 2018. OEA.

ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL. Resolución 4 (EC-XL) de 1988. Grupo Intergubernamental de Expertos para Analizar el Cambio Climático.

ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL. *World Climate Conference. A Conference of Experts on Climate and Mankind Declaration and Supporting Documents* (Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 1979).

PROYECTO DE INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ MIXTO DEL ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL, relativo a la interpretación del artículo 8.10, el anexo 8-A, el artículo 8.9 y el artículo 8.39 del Acuerdo.

UNIÓN EUROPEA. Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea L 169/3 del 29 de mayo de 2020.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.