

Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático

Gus Van Harten



**Protección de un acuerdo multilateral so-
bre el cambio climático de la amenaza de
recusaciones corporativas**

Maude Barlow

Protección de un acuerdo multilateral sobre el cambio climático de la amenaza de recusaciones corporativas

Maude Barlow

Preámbulo de Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático, de Gus Van Harten

Este mes de diciembre, el mundo se reunirá en París en la COP 21, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Se trata de una reunión histórica y de un momento importante para que las naciones del mundo lleguen a un acuerdo auténtico y significativo para reducir seriamente las emisiones de gases con efecto invernadero. Las expectativas son elevadas.

Existen sin duda señales esperanzadoras, aunque hay mucho por hacer. En junio de 2015, los líderes de los países del G7 acordaron reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, eliminando gradualmente el uso de combustibles fósiles antes de que finalice el siglo. La canciller alemana Angela Merkel, que presiona para establecer el año 2050 como fecha límite y está comprometida con el establecimiento inmediato de objetivos de emisión vinculantes, habló de la necesidad de “descarbonizar la economía mundial a lo largo de este siglo”.

Ese mismo mes, China, el principal emisor de gases con efecto invernadero del mundo, se comprometía a limitar en 2030 las crecientes emisiones, una novedad para una nación cuyas políticas han favorecido un crecimiento industrial ilimitado. En agosto de 2015, el Presidente estadounidense Barack Obama, atento quizá a su legado, anunció las primeras normas nacionales para poner fin a la polución ilimitada de carbono de las plantas eléctricas estadounidenses.

La opinión mundial está cambiando radicalmente, ya que cada vez menos gente se cuestiona la abrumadora evidencia científica del cambio climático provocado por el hombre. En julio de 2015, un estudio del Pew Research Center concluyó que el cambio climático es considerado como una de las principales amenazas globales. Ahora que las conversaciones de París se acercan, aumentan las esperanzas de un acuerdo multilateral real y significativo sobre el cambio climático.

Pero debe solucionarse un problema para poder materializar cualquier acuerdo o tratado firmado en el encuentro de París en los países que lo suscriban. El problema central es que muchos de los países que se han comprometido a actuar con firmeza sobre el cambio climático han firmado, o están negociando de manera agresiva, acuerdos comerciales o de inversión que incluyen un mecanismo que ofrece a las grandes empresas el derecho a recusar cualquier cambio a las reglas actuales sobre las que basan sus operaciones.

El mecanismo de estos acuerdos comerciales se denomina resolución de litigios inversor-Estado (RLIE). Concede a las empresas extranjeras el derecho a demandar directamente a los gobiernos para obtener una compensación financiera si dichos gobiernos aprueban nuevas leyes o prácticas, sean medioambientales, sanitarias o relativas a los derechos humanos, que afecten negativamente a los resultados financieros de la empresa. La RLIE garantiza básicamente a las empresas el mismo estatuto que los gobiernos en estas negociaciones y privatiza el sistema de resolución de disputas entre naciones.

Según la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, actualmente existen más de 3200 acuerdos de RLIE (mayoritariamente bilaterales) en el mundo, firmándose uno cada dos semanas. Estos derechos corporativos están profundamente enraizados en el Acuerdo de Libre Comercio Norteamericano (NAFTA), así como en todos los nuevos acuerdos regionales, incluyendo el Acuerdo Económico y Comercial Global de Canadá y la Unión Europea (CETA), la Asociación Comercial y para la Investigación Transatlántica (TTIP) entre Europa y Estados Unidos, la Asociación Transpacífica (TPP), un acuerdo considerable entre 12 países alineados del Pacífico.

Las empresas han utilizado la RLIE para recusar a los gobiernos en más de 600 ocasiones. Estas recusaciones están en muchos casos claramente relacionadas con decisiones de los gobiernos en materia sanitaria o medioambiental.

Canadá, por ejemplo, se enfrenta al pago de \$2600 millones en recusaciones de empresas americanas bajo el NAFTA. Entre las recusaciones actuales y pasadas se incluyen la prohibición de utilizar aditivos en la gasolina que dañen el medioambiente, la exportación de peligrosos policlorobifenilos y pesticidas para césped así como moratorias para la fracturación hidráulica.

La RLIE supone también una amenaza a la lucha contra el racismo medioambiental que, a su vez, dificulta el combate contra la falta de equidad del impacto del cambio climático sobre los pueblos indígenas y los individuos que viven en la pobreza. En junio de 2015, 10 ponentes de la ONU presentaron un informe sobre derechos humanos que llamaba la atención sobre el “posible impacto perjudicial” que tratados como el TTIP y el TPP “pueden tener sobre la garantía de los derechos humanos consagrados en instrumentos de la ONU jurídicamente vinculantes”, incluyendo “un medio ambiente limpio”.

Los expertos han indicado que las reglas inversor-Estado protegen a los inversores pero no a los Estados ni a sus poblaciones. Si analizamos el historial de los acuerdos de compensación de la RLIE, los expertos en derechos humanos de la ONU han concluido que “la función regulatoria de muchos Estados y su capacidad para legislar en el interés público están en peligro”.

Las bases para un conflicto están sentadas. Si las partes llegan a un acuerdo significativo sobre el cambio climático en París, deberán reflejar los compromisos en sus propias legislaciones y modificar las leyes y prácticas como corresponda o el acuerdo no será implementado correctamente en sus respectivos países. Sin embargo, los “derechos” de la RLIE que permiten a las empresas extranjeras recusar cualquier cambio que pueda influir negativamente en sus beneficios están fuertemente enraizados en la legislación del comercio internacional. En otras palabras, el poder de las empresas para utilizar la RLIE podría perjudicar con fuerza cualquier acuerdo firmado en París si las empresas deciden combatir los cambios regulatorios necesarios resultantes.

El informe *Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático* se ofrece a gobiernos y negociadores como una forma de resolver este conflicto. En él, Gus Van Harten, profesor de Osgoode Hall, investigador jurídico y mundialmente reconocido como una autoridad especializada en leyes de inversión, subraya que un acuerdo multilateral sobre el cambio climático podría incluir una disposición de derogación ante el riesgo de procedimientos jurídicos de resolución de litigios inversor-estado dirigidos a influir en la actuación sobre el cambio climático de los gobiernos.

Sin dicha disposición de derogación, explica Van Harten, los gobiernos se enfrentan a un incentivo para evitar las actuaciones sobre el cambio climático y limitar la responsabilidad potencial con demandas de la RLIE existentes o previstas. Utilizando el lenguaje de la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, Van Harten propone los términos de una disposición de derogación que permita a los gobiernos introducir las medidas necesarias para estabilizar las emisiones de gases con efecto invernadero y abordar realmente la creciente amenaza del cambio climático.

Esperamos asimismo que este informe tenga una amplia difusión e influya en las negociaciones de París. También esperamos que el clima y los profesionales dedicados al Derecho mercantil exijan que la amenaza de las RLIE sea tenida en cuenta en cualquier conversación importante en París.

Acerca de Maude Barlow

Maude Barlow es una activista de la justicia social y del medio ambiente y autora. Es la Presidenta Nacional de Council of Canadians, una importante organización canadiense dedicada a la acción social.

Septiembre de 2015

Publicado inicialmente como documento académico. Publicado posteriormente con autorización del autor.

FACULTAD DE DERECHO OSGOODE HALL

COLECCIÓN DE INFORMES DE INVESTIGACIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Informe de investigación N.º 38 Volumen 11, número 8, 2015

Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático

Gus Van Harten

Este documento se puede descargar de forma gratuita en: <http://ssrn.com/abstract=2663504>

Más información y una colección de informes de investigación de estudios jurídicos de la facultad de Derecho Osgoode Hall disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=722488

Editores:

Editor jefe: Carys J. Craig (Decano adjunto de Investigación y Relaciones Institucionales y Profesor asociado, Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto)

Editor de producción: Kiana Blake (Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto)

Síntesis:

Informe de investigación de estudios jurídicos Osgoode N.º 38 Volumen 11, número 08/ (2015)

Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático

Gus Van Harten

¿Cómo incluir en un acuerdo multilateral sobre el cambio climático una disposición de derogación ante el riesgo de los procedimientos jurídicos de resolución de litigios inversor-estado (RLIE), que tienen como objetivo influir en la actuación sobre el cambio climático de los gobiernos? El objetivo de este breve informe es identificar el lenguaje para que una disposición de derogación de RLIE sea fiable y clara, teniendo en cuenta la importancia de las actuaciones sobre el cambio climático y la incertidumbre financiera y posible disuasión generadas por las RLIE a los Estados que estén considerando dicha actuación.

Palabras clave: Cambio climático, negociaciones multilaterales, arbitraje inversor-Estado

Autores:

Gus Van Harten

Facultad de Derecho Osgoode Hall

E: gvanharten@osgoode.yorku.ca

Disposición de derogación de la RLIE para apoyar la actuación sobre el cambio climático

Gus Van Harten¹

20 de septiembre de 2015

I. Información general

En este breve informe, expongo cómo proteger un acuerdo multilateral sobre el cambio climático frente al riesgo de los procedimientos jurídicos de resolución de litigios inversor-Estado (RLIE) que tienen como objetivo influir en la actuación sobre el cambio climático.

Concretamente, propongo un lenguaje detallado para presentar una disposición de derogación de la RLIE basada en antiguos enfoques interpretativos de los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE, la importancia de la actuación en materia de cambio climático y la posible disuasión que crea la RLIE a los gobiernos que consideren dicha acción.

La disposición de derogación propuesta es la siguiente:

“Este artículo se aplica a cualquier medida adoptada por una Parte de este Acuerdo y se refiere al objetivo de estabilización de las concentraciones de gases con efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que evite la peligrosa interferencia antropogénica con el sistema climático o relativa a cualquiera de los principios o compromisos incluidos en los Artículos 3 y 4 de la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* de 1992.

Dicha medida no estará sujeta a ningún tratado actualmente vigente ni futuro de una Parte que permita la resolución de litigios inversor-Estado, a menos que el tratado establezca de forma concreta y precisa, con referencia expresa a este Artículo y a este Acuerdo, que este Artículo queda anulado. Para mayor certeza, en ausencia de dicha referencia en un futuro tratado entre dos o más Partes, se entiende que el futuro tratado incluirá la integralidad de los tres primeros párrafos de este Artículo.

Cualquier litigio sobre el ámbito o aplicación de este Artículo será referido y entrará dentro de la jurisdicción única y exclusiva de [órgano concreto y procedimiento de conformidad con el acuerdo multilateral sobre el cambio climático]. Para mayor certeza, ningún tribunal, árbitro, órgano ni procedimiento afectado por la resolución de litigios inversor-Estado tiene jurisdicción sobre ningún litigio relativo al ámbito o aplicación de este Artículo.

Las Partes no acordarán ningún tratado futuro que permita la resolución de litigios inversor-Estado, a menos que el futuro tratado incorpore la integralidad del lenguaje de los tres primeros párrafos de este Artículo. La Partes harán todo lo que esté en su competencia para renegociar cualquier tratado existente con quien no sea una Parte que permita la resolución de litigios inversor-Estado con el objetivo de garantizar que el tratado preexistente incorpore la integralidad del lenguaje de los tres primeros párrafos de este Artículo”.

El lenguaje propuesto tiene como objetivo garantizar una disposición de derogación fiable como medida de protección frente al riesgo de peticiones de arbitraje de la RLIE sobre las actuaciones en materia de cambio climático. Algunos términos utilizados en la disposición de derogación, como “medida” y “resolución de litigios inversor-Estado” necesitarían ser definidos en un acuerdo multilateral sobre el cambio climático, como se indica abajo. Si la derogación fuera incluida en un acuerdo multilateral sobre el cam-

¹ Facultad de Derecho Osgoode Hall de la Universidad de York; gvanharten@osgoode.yorku.ca. Quisiera agradecer a Stepan Wood sus comentarios sobre un borrador anterior de este informe.

bio climático, se aplicaría a todos los tratados que permitan la RLIE entre Estados que suscriban dicho acuerdo multilateral.

Para sustentar su fiabilidad, cualquier disputa sobre el ámbito o aplicación de la disposición de derogación deberá ser referida a un órgano decisorio que esté establecido y actúe bajo los auspicios del acuerdo multilateral sobre el cambio climático, no de un tratado que autorice el recurso al mecanismo de RLIE. Así se evitaría el riesgo de interpretación evasiva de los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE y permitiría la creación de un foro con experiencia directa y compromiso institucional sobre las actuaciones relativas al cambio climático para resolver litigios sobre el significado de la disposición de derogación.

II. Comentarios

Estos comentarios se apoyan en referencias a otros documentos y publicaciones sobre la RLIE. Las citas abajo son de las publicaciones del autor que, a su vez, incluyen un tratamiento más detallado y amplias referencias a los datos relevantes, a antiguas decisiones de RLIE y a literatura de menor importancia.

A. Riesgos planteados por la RLIE a la actuación contra el cambio climático

Enfrentados a los riesgos generados por la ilimitada responsabilidad financiera vinculada a los procedimientos jurídicos de RLIE, los Estados pueden verse disuadidos de implementar medidas para cumplir con sus responsabilidades en relación con el cambio climático. Concretamente, la RLIE supone un riesgo para las medidas contra el cambio climático porque:

- i. Las empresas multinacionales y los ciudadanos nacionales ricos tienen un derecho legal y único y la capacidad financiera de presentar costosas demandas de RLIE contra los Estados sin antes recurrir a tribunales nacionales (donde la justicia esté garantizada y sea razonablemente accesible) por violaciones de derechos de los inversores extranjeros.² Dos temas comunes en cientos de casos de RLIE hasta ahora son los litigios en el sector de los recursos naturales y los litigios relativos a medidas que afectan a la salud pública y a la protección medioambiental.³
- ii. Los derechos de los inversores extranjeros suelen estar establecidos de forma ambigua en los tratados que permiten la RLIE. En cambio, dichos derechos están sujetos a la amplia arbitrariedad de los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE y que deciden sobre la responsabilidad del Estado.⁴ En varios casos, los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE han interpretado los derechos de los inversores extranjeros como dando lugar a la obligación de compensación pública por los cambios generales y públicos del marco normativo estatal con aplicación indiscriminada a todos los propietarios de activos.⁵
- iii. Los árbitros en RLIE tienen mucho poder sobre los presupuestos públicos por tener autoridad para acordar compensaciones a los inversores extranjeros en cantidades ilimitadas.⁶ Los Estados no tienen ninguna posibilidad de recurrir su responsabilidad una vez que los árbitros han emitido su decisión. Esto puede incentivar a que los Estados eviten actuaciones contra el cambio climático, para limitar así su posible responsabilidad en caso de procedimientos jurídicos de RLIE.

2 G Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, 2007), 110-113.

3 G Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2013), 82-89.

4 Van Harten, nota 1 arriba, capítulo 4 y 122-124; Van Harten, nota 2 arriba, 45-46.

5 Van Harten, nota 2 arriba, 52-54, 57-61 y 82-89.

6 Van Harten, nota 1 arriba, 101-109 y 145-149; Van Harten, Nota 2 arriba, 113-114.

Como salvaguarda ante el riesgo de procedimientos jurídicos de RLIE que puedan frustrar o disuadir las actuaciones contra el cambio climático, se recomienda incluir en todo acuerdo multilateral sobre el cambio climático una amplia disposición de derogación de todos los tratados que permitan el arbitraje de la RLIE.⁷

B. Características de una disposición de derogación fiable

1. Aplicación a los tratados actuales y futuros que permiten la RLIE

En los tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE, debe considerarse la disposición de derogación de todo acuerdo multilateral sobre el cambio climático como un acuerdo jurídico posterior que tendría prioridad sobre dicho tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE. Esto significa que el acuerdo multilateral sobre el cambio climático sería un acuerdo posterior entre sus Partes para anular todos sus tratados pasados y permitir la RLIE en asuntos sujetos a la disposición de derogación. Los Estados acordarían o aclararían en el acuerdo multilateral sobre el cambio climático que sus actuales consentimientos, si los hubiera, de permitir los procedimientos jurídicos de RLIE contra ellos simplemente no tendrían aplicación sobre las medidas contra el cambio climático.

En el caso de los futuros tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE, la situación es más complicada. La disposición de derogación de la RLIE en un acuerdo multilateral sobre el cambio climático necesitaría ser suficientemente concreta en la prioridad de la disposición de derogación sobre el consentimiento de las Partes a la RLIE en todo futuro tratado que permita el recurso a la RLIE. La disposición de derogación aquí propuesta tiene como objetivo lograr esto refiriéndose a tratados futuros o existentes e incluyendo el requisito de que cualquier otro tratado, para que pueda invalidar la disposición de derogación, debe ser específico y preciso sobre el asunto y, concretamente, debe mencionar expresamente la disposición de derogación en el acuerdo multilateral sobre el cambio climático. El objetivo no es animar futuras invalidaciones de la disposición de derogación sino excluir interpretaciones evasivas de los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE quienes, por ejemplo, han evitado habitualmente las cláusulas de jurisdicción exclusiva en contratos que parecen excluir la reivindicación del tratado⁸ – eso supondría un rechazo de la disposición de derogación.

Para mayor certeza, la disposición de derogación también incluye la obligación de que cada una de las Partes reproduzca la disposición de derogación en cualquier tratado futuro que autorice el recurso al mecanismo de RLIE y una aclaración de que se entiende que cualquier tratado futuro entre las Partes que autorice el recurso al mecanismo de RLIE incluirá la disposición de derogación.

2. Aplicación cuando los Estados han suscrito un acuerdo sobre el cambio climático

Una disposición de derogación de la RLIE solo sería aplicable a los tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE y hayan sido firmados entre dos o más Estados que hayan suscrito el acuerdo multilateral sobre el cambio climático. Por ejemplo, un tratado de inversión bilateral (BIT) que permita la RLIE estaría cubierto por la disposición de derogación si los dos Estados que suscriben el BIT suscribieran también el acuerdo multilateral sobre el cambio climático. De forma similar, un tratado comercial o de inversión suscrito entre más de dos Estados y que permita la RLIE (como el NAFTA o el Tratado sobre la Carta de la Energía) estaría cubierto por la disposición de derogación pero solo para aquellos Estados que hayan suscrito el tratado comercial o de inversión y también el acuerdo multilateral sobre el cambio climático.

⁷ El término “medida” debe tener una definición amplia, como ya la tiene en muchos tratados de inversión, para que incluya “cualquier ley, regulación, procedimiento, requisito o práctica”, como por ejemplo el *Acuerdo de Libre Comercio Norteamericano* (NAFTA), Artículo 201; el *Acuerdo Económico y Comercial Global de Canadá y la Unión Europea* (CETA) propuesto, Artículo X.01.

⁸ Van Harten, nota 2 arriba, 135-147.

La disposición de derogación no se aplicaría en caso de que hubiera un tratado que autorice el recurso al mecanismo de RLIE entre, por un lado, un Estado que ha suscrito el acuerdo multilateral sobre el cambio climático y, por otro, un Estado que no lo haya suscrito. No se aplicaría porque el tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE no habría sido anulado por un acuerdo posterior entre los Estados que suscriben el tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE. Ante semejante debilidad, en su cuarto párrafo, la disposición de derogación establece obligaciones vinculantes para que los Estados que lo suscriben incluyan la disposición de derogación en futuros tratados que autoricen el recurso al mecanismo de RLIE y para hacer todo lo posible para renegociar todo tratado existente que autorice el recurso al mecanismo de RLIE, con un Estado que no haya suscrito el acuerdo multilateral sobre el cambio climático, de modo que se incluya la disposición de derogación en el tratado existente. La cuestión de cómo hacer cumplir estas obligaciones se deja abierta, esperando que forme parte de un proceso general de cumplimiento en el acuerdo multilateral sobre el cambio climático.

3. Aplicación a la cuestión del cambio climático

¿Qué se entiende por “acción” o “medidas” sobre el cambio climático? El enfoque aquí adoptado es incluir cualquier medida relacionada con el objetivo, los principios o los compromisos de la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, que establece, por ejemplo:⁹

“El objetivo último de esta Convención y de todos los instrumentos jurídicos relacionados que puedan adoptar la Conferencia de las Partes es lograr, de acuerdo con las disposiciones relevantes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases con efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que evitaría la peligrosa interferencia antropogénica con el sistema climático...”

Utilizando los mismos términos que la *Convención Marco*, incluyendo los principios y compromisos de los Artículos 3 y 4, la intención de la disposición de derogación propuesta es aplicar una amplia variedad de medidas estatales sobre la adaptación y mitigación del cambio climático según se recoge en la *Convención Marco*, sus demás disposiciones y procesos y los acuerdos sobre el cambio climático relacionados.

4. Relación entre la disposición de derogación y las actuaciones contra el cambio climático

La actuación gubernamental sobre el cambio climático puede revestir formas diversas. La disposición de derogación propuesta abarca en un sentido amplio las medidas anticipadas y no anticipadas que los Estados puedan adoptar, evitando así la disuasión de la innovación normativa.

Muchas de las excepciones actuales de los tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE no son fiables porque utilizan un lenguaje no cualificado. Por ejemplo, muchas de las disposiciones actuales que excluyen el recurso a la RLIE solo se aplican a las actuaciones del Estado que hayan demostrado ser “necesarias” para lograr un objetivo regulatorio o solo cuando la decisión se dirija a “evitar” la actuación del Estado.¹⁰ Este lenguaje genera una incertidumbre significativa, al dejar la puerta abierta a una responsabilidad inevitable del Estado, en el momento de una decisión sobre la RLIE, si los árbitros en RLIE deciden que el Estado podría haber adoptado alguna otra medida en lugar de la impugnada o que el Estado no está impedido de adoptar una medida simplemente porque deba abonar una compensación por dicha medida.

Para evitar esta incertidumbre, en la disposición de derogación se ha adoptado de forma amplia el término “relativo a” utilizado en algunas excepciones de los tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE. Este lenguaje permite una cobertura y flexibilidad más amplias, limitando no obstante las actuaciones sin ninguna relación y, por lo tanto, arbitrarias de los Estados al exigir alguna relación entre

9 *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, Artículo 2.

10 Por ejemplo, el *Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Popular de China para la promoción y protección mutua de las inversiones*, Artículo 33(2).

el objetivo de la mitigación del cambio climático y la medida que se dice cubierta por la disposición de derogación.

5. *Aplicación en la RLIE*

La disposición de derogación se aplica a cualquier tratado actual o futuro “en la medida en que permita la “resolución de litigios inversor-Estado”. ¿Qué se entiende por “resolución de litigios inversor-Estado”? Un acuerdo multilateral sobre el cambio climático debe definir este término basándose en el lenguaje utilizado en los tratados existentes para establecer el consentimiento de los Estados al RLIE. Concretamente, la definición podría estar relacionada con los diferentes tipos de tratados que suelen permitir la RLIE y con las reglas concretas bajo las cuales se realizan los procedimientos jurídicos de RLIE.

Con esto en mente, se proponen las siguientes definiciones:

“RLIE se refiere a cualquier procedimiento derivado de un procedimiento jurídico contra un Estado cuando dicho procedimiento jurídico se presente de conformidad con (a) un tratado referente al comercio internacional o una inversión extranjera y (b) cualquiera de las siguientes reglas de arbitraje: la *Convención CIADI* (también conocida como las reglas CIADI), las reglas CIADI adicionales, las reglas de arbitraje de la CNUDMI o cualquier otra regla de arbitraje, incluyendo toda regla de arbitraje *ad hoc* y toda regla de arbitraje acordada por las partes en litigio”.

Esta definición pretende incluir todas las formas de procedimiento de arbitraje inversor-Estado bajo los tratados comerciales y de inversión pero no los procedimientos Estado-Estado ni los procedimientos que no sean de arbitraje. Por lo tanto, la disposición de derogación se aplicaría a los tratados comerciales y de inversión solo en la medida en la que confieren a los inversores extranjeros el derecho único de presentar procedimiento jurídico de RLIE. Los procedimientos Estado-Estado directos y las formas suaves de RLIE, como la mediación o la conciliación, seguirán estando permitidos para hacer valer los derechos de los inversores extranjeros. Se podría ampliar la disposición de derogación de modo que se aplique a dichos procedimientos pero sería complejo, especialmente en los procedimientos Estado-Estado. El enfoque actual está informado por el hecho de que la amplia mayoría de procedimiento jurídico de RLIE basados en un tratado han sido procedimientos de arbitraje inversor-Estado.

Además, la definición incluiría el arbitraje inversor-Estado basado en un tratado pero no el arbitraje inversor-Estado derivado de la propia legislación de un Estado o de un contrato. Para incluir estas otras formas de RLIE, debería eliminarse la cláusula (a).

6. *Elusión del lenguaje circular*

Algunos tratados que autorizan el recurso al mecanismo de RLIE incluyen disposiciones excluyentes del recurso a la RLIE con un lenguaje circular que limita o rechaza dicha disposición. Por ejemplo, una disposición excluyente del recurso a la RLIE puede limitarse a medidas consideradas “por lo demás en línea con” el tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE.¹¹ Este lenguaje debilita claramente la disposición excluyente del recurso a la RLIE y debe ser evitado en la disposición de derogación en el caso de actuaciones contra el cambio climático.

7. *Disputas sobre el ámbito de la disposición de derogación*

Un aspecto importante de la incertidumbre sobre la responsabilidad del Estado derivada de la RLIE es la autoridad de los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE para interpretar de forma estricta

11 Ej. NAFTA, nota 6 arriba, Artículo 1114.

las disposiciones que excluyen el recurso a la RLIE. Varios casos indican esta tendencia en los árbitros en RLIE.¹²

Con esto en mente, se sugiere que las disputas sobre la aplicabilidad de la derogación de una disposición en materia de cambio climático deben referirse a un órgano decisorio establecido bajo los auspicios de un acuerdo multilateral sobre el cambio climático y no de un tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE. Dicho órgano tendría más experiencia y compromiso institucional para garantizar que la disposición de derogación fuera interpretada de modo que cubra todas las formas de acción razonablemente dirigidas a la adaptación o mitigación del cambio climático. Al encontrarse esta autoridad interpretativa en un único órgano, se evitaría la incertidumbre creada por la interpretación diversa o en conflicto de los diferentes tribunales que imparten justicia en casos de RLIE.¹³

El lenguaje del tercer párrafo de la disposición de derogación tiene como objetivo proteger la jurisdicción exclusiva de este órgano bajo el acuerdo multilateral sobre el cambio climático. El lenguaje es detallado y legalista debido a que en el pasado los tribunales que imparten justicia en casos de RLIE han asumido la jurisdicción de los litigios de RLIE incluso por encima, por ejemplo, de una cláusula de jurisdicción exclusiva de un contrato relacionado o un periodo de espera o cláusula de vía única en un tratado que autoriza el recurso al mecanismo de RLIE.¹⁴

Más allá de estos puntos, las cuestiones sobre el órgano y el proceso que deben ser utilizados para resolver litigios sobre la disposición de derogación de la RLIE son más un asunto para expertos en la *Convención Marco sobre el Cambio Climático* que para expertos en RLIE.

12 Van Harten, nota 2 arriba, 66-68.

13 G. Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" (2012) 50 *Osgoode Hall Law Journal* 211, 237 y 245 (documenta conflictos de opinión de los tribunales sobre, por ejemplo, el ambiguo derecho del inversor extranjero a un "tratamiento más favorable").

14 Van Harten, nota 2 arriba, 135-150.

