

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Cambio Climático e Inversiones:**

Esbozando estrategias de  
armonización para Chile

**Climate Change and  
Investments:** Outlining  
harmonization strategies for Chile

Andrea Lucas Garín

Jaime Tijmes-Ihl

Johanna Sagner-Tapia

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>17</b>
Ingo Wolfgang Sarlet, Lilian Rose Lemos Rocha e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, HERMENÊUTICA E MEIO AMBIENTE .....</b>	<b>19</b>
<b>ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A SUA DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA.....</b>	<b>21</b>
Ingo Wolfgang Sarlet e Gabriel de Jesus Tedesco Wedy	
<b>EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO.....</b>	<b>41</b>
Belén Burgos Garrido	
<b>ATÉ ONDE VAI O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO? UMA ANÁLISE SOBRE O POSICIONAMENTO BRASILEIRO FRENTE AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO .....</b>	<b>58</b>
Mariana Bruck de Moraes Ponna Schiavetti e Maria Eugênia Bruck de Moraes	
<b>EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA .....</b>	<b>82</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo Garrido	
<b>AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE.....</b>	<b>109</b>
Zenildo Bodnar e Priscilla Linhares Albino	
<b>NA DÚVIDA EM FAVOR DA NATUREZA? LEVAR A SÉRIO A CONSTITUIÇÃO ECOLÓGICA NA ÉPOCA DO ANTROPOCENO .....</b>	<b>125</b>
Patryck de Araújo Ayala e Mariana Carvalho Victor Coelho	
<b>2. DIREITOS DA NATUREZA.....</b>	<b>164</b>
<b>A SALA DE EMERGÊNCIA AMBIENTAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>166</b>
Lilian Rose Lemos Rocha	
<b>PROCEDURAL THEORY OF THE SUBJECT OF LAW AND NON-HUMAN ANIMALS: CRITERIA FOR RECOGNITION OF LEGAL SUBJECTIVITY FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL THEORY .....</b>	<b>182</b>
Sthéfano Bruno Santos Divino	

<b>OS “ANIMAIS DE PRODUÇÃO” PARA ALIMENTAÇÃO HUMANA E O DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E ECOLÓGICO: PARADOXOS ÉTICO-JURÍDICOS</b> .....	<b>197</b>
Juliane Caravieri Martins e Cíclia Araújo Nunes	
<b>3. POVOS INDÍGENAS</b> .....	<b>221</b>
<b>POVOS INDÍGENAS E PROTEÇÃO DA NATUREZA: A CAMINHO DE UM “GIRO HERMENÊUTICO ECOCÊNTRICO”</b> .....	<b>223</b>
Patrícia Perrone Campos Mello e Juan Jorge Faundes Peñafiel	
<b>DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSULTA PRÉVIA NA AMAZÔNIA: DIREITO COMO MEDIADOR DEMOCRÁTICO EM CONFLITO INDÍGENA E MINERAÇÃO DE POTÁSSIO EM AUTAZES, AMAZONAS</b> .....	<b>253</b>
Acursio Ypiranga Benevides Júnior	
Rafael da Silva Menezes	
<b>A CONSULTA PRÉVIA AOS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: ABERTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A ROTAS ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL</b> .....	<b>276</b>
Laura Fernanda Melo Nascimento e Adriano Fernandes Ferreira	
<b>4. ECOFEMINISMO</b> .....	<b>292</b>
<b>MEIO AMBIENTE, CUIDADO E DIREITO: INTERSECÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS DESDE A DIALÉTICA DA DIFERENÇA</b> .....	<b>294</b>
Gustavo Seferian e Carol Matias Brasileiro	
<b>ECOFEMINISMO INTERSECCIONAL E DECOLONIAL NO DIREITO BRASILEIRO: A NOVA POLÍTICA ESTADUAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS DE MINAS GERAIS</b> .....	<b>313</b>
Émilien Vilas Boas Reis e Vanessa Lemgruber	
<b>5. INSTRUMENTOS E INCENTIVOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE</b> .....	<b>328</b>
<b>STARTUP E O DESAFIO DO COMPLIANCE</b> .....	<b>330</b>
Grace Ladeira Garbaccio, Alexandra Aragão, Vanessa Morato Resende e Ana Walêska Xavier Araújo	
<b>EL PROTOCOLO DE NAGOYA Y LOS ACUERDOS PARA EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LA PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS QUE SE DERIVEN DE SU UTILIZACIÓN: UNA PROPUESTA DISCUTIDA</b> .....	<b>344</b>
Roberto Concha Machuca	
<b>A NECESSÁRIA INTERFACE ENTRE DIREITO, ECONOMIA E FINANÇAS NO PROCESSO DE ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS</b> .....	<b>363</b>
Fernanda Dalla Libera Damacena	

<b>RELEVÂNCIA E ESTRATÉGIAS PARA VIABILIZAÇÃO DA CRIAÇÃO DE CORREDORES ECOLÓGICOS EM ÁREA DA MATA ATLÂNTICA SETENTRIONAL .....</b>	<b>384</b>
Juliana Garcia Vidal Rodrigues, Sueli Aparecida Moreira e Eliza Maria Xavier Freire	
<b>AGROTÓXICOS, DOMINAÇÃO E FRONTEIRAS: SIGNIFICAÇÃO, RELAÇÃO E PERSPECTIVAS SOBRE O PACOTE TECNOLÓGICO AGRÍCOLA E A AMAZÔNIA BRASILEIRA .....</b>	<b>418</b>
Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas, José Antônio Tietzmann e Silva e Luciane Martins de Araújo	
<b>SERÁ O SANEAMENTO BÁSICO UMA ESPÉCIE DE SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE LOCAL? UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES ESTATAIS APLICADA AOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS..</b>	<b>440</b>
Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira e Fabiana de Menezes Soares	
<b>IMPASSES DA ADOÇÃO DA TÉCNICA DE DESSALINIZAÇÃO: BENEFÍCIOS PARA A SAÚDE PÚBLICA E DANOS PARA O MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>470</b>
Ivone Rosana Fedel, André Studart Leitão e Gerardo Clésio Maia Arruda	
<b>AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS E A IMPLEMENTAÇÃO DA META 12.7 DOS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NO BRASIL: AVANÇOS E RETROCESSOS .....</b>	<b>492</b>
Lucas Campos Jereissati e Álisson José Maia Melo	
<b>6. ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL.....</b>	<b>520</b>
<b>DESAFÍOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE.....</b>	<b>522</b>
Jairo Enrique Lucero Pantoja, Gonzalo Aguilar Cavallo e Cristian Contreras Rojas	
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO JUDICIAL DIRETA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL, NO EQUADOR E NA BOLÍVIA .....</b>	<b>556</b>
Leonardo Leite Nascimento e Valmir César Pozzetti	
<b>JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATRIMÔNIO CULTURAL: UM ESTUDO DE CASO DA ADPF 206.</b>	<b>575</b>
Almir Megali Neto, Flávio Couto Bernardes e Pedro Augusto Costa Gontijo	
<b>A TESE DE IMPRESCRITIBILIDADE DE DANOS AMBIENTAIS EM REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO AGRAVADO.....</b>	<b>602</b>
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior e Daniel Pagliuca	
<b>7. MUDANÇAS CLIMÁTICAS.....</b>	<b>622</b>
<b>AGENDA 2030: EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS .....</b>	<b>624</b>
Luiz Edson Fachin	
<b>DÉFIS ET PERSPECTIVES POLITIQUES, INSTITUTIONNELLES ET NORMATIVES DES ASSEMBLÉES CITOYENNES: UNE APPROCHE DEPUIS L'EXEMPLE DE LA CONVENTION CITOYENNE SUR LE CLIMAT .....</b>	<b>636</b>
Benoit Delooz	

<b>CAMBIO CLIMÁTICO E INVERSIONES: ESBOZANDO ESTRATEGIAS DE ARMONIZACIÓN PARA CHILE .....</b>	<b>653</b>
Andrea Lucas Garí, Jaime Tijmes-Ihl e Johanna Sagner-Tapia	

<b>MUDANÇAS CLIMÁTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A REPARAÇÃO DE DANOS CLIMÁTICOS .....</b>	<b>672</b>
Sabrina Jiukoski da Silva e Thatiane Cristina Fontão Pires	

# Cambio Climático e Inversiones: Esbozando estrategias de armonización para Chile\*

## Climate Change and Investments: Outlining harmonization strategies for Chile

Andrea Lucas Garí\*\*

Jaime Tijmes-Ihl\*\*\*

Johanna Sagner-Tapia\*\*\*\*

### Resumen

El artículo aborda el Cambio Climático y las inversiones describiendo el entorno en que se presentan estos regímenes internacionales que tienen directas implicancias en los ámbitos nacionales y que en su interrelación presentan oportunidades e impedimentos y potenciales conflictos. Si bien las relaciones entre estas dos temáticas parecen ser asimétricas, se propondrán estrategias que puedan armonizar estos dos tópicos de modo de asegurar que los Estados sigan dando pasos en la conformación de un escenario nacional que asuma la lucha contra el Cambio Climático en tiempos post Acuerdo de París. Se prestará especial atención al caso de Chile como un actor relevante tanto en la lucha climática como de las inversiones en la región.

**Palabras claves:** Cambio Climático. Derecho Internacional de las Inversiones. Chile

### Abstract

The article deals with Climate Change and investments describing the environment in which these international regimes are presented, which have direct implications in national areas and that in their interrelation present opportunities and impediments and potential conflicts. Although the relations between these two themes seem to be asymmetrical, strategies that can harmonize these two topics will be proposed in order to ensure that the States continue taking steps in shaping a national scenario that assumes the fight against Climate Change in time post Paris Agreement. Special attention will be given to the case of Chile as a relevant actor in both the climate fight and investments in the region.

**Keywords:** Climate Change. International Investment Law. Chile

\* Recibido em 11/03/2020  
Aprovado em 27/05/2020

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y LL.M. in International Law por las Universidades de Heidelberg y de Chile. Directora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (Santiago de Chile, Chile). Proyecto Fondecyt Regular 1171085.  
E-mail: andrea.lucas@uautonoma.cl

\*\*\* Abogado de la Universidad de Chile. Dr. iur. de la Universidad de Tübingen, Alemania. Profesor Asociado, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Universidad de La Frontera, Chile. Miembro del Centro de Investigación Desafíos Internacionales de la Universidad de La Frontera. Proyecto Fondecyt Regular 1171085.  
E-mail: jaime.tijmes@ufrontera.cl

\*\*\*\* Investigadora en la Universidad de la Frontera en Temuco, Chile. Recibió un título en Educación Especial de la Universidad Austral en Chile y también posee una Maestría en Antropología Social de la Universidad de Chile. Completó su doctorado en la Universidad Eberhard Karls de Tübingen, Alemania. Proyecto Fondecyt Regular 1171085.  
E-mail: johanna.sagner@ufrontera.cl

# 1 Introducción

El Cambio Climático tiende a estar presente en innumerables ámbitos, a nivel nacional e internacional, como desafío a largo plazo para los Estados y para la comunidad internacional, y como un fenómeno que llegó para quedarse y que requiere de muchas miradas que lo contemplen.

En ese contexto, las inversiones son un pilar del Derecho Internacional Económico que se presenta como un área donde coinciden Estados e Inversores y que ha crecido en veloz y poco tiempo, por lo que preguntarnos sobre los potenciales conflictos entre inversiones y Cambio Climático es lo que trataremos de responder en este trabajo, al mismo tiempo de proponer estrategias que puedan armonizar estos dos tópicos de modo de asegurar que los Estados sigan dando pasos en la conformación de un escenario nacional que asuma la lucha contra el Cambio Climático en tiempos post Acuerdo de París.

Este artículo se ocupa de las inversiones y el Cambio Climático, dos áreas que a simple vista parecen independientes pero que requieren de sinergias y estrategias jurídicas que las integren.

La metodología utilizada considera un enfoque descriptivo en la primera parte, que procurará comentar los principales desafíos en que el régimen internacional de Cambio Climático se encuentra inmerso en un período post Acuerdo de París. A continuación, se analizará la situación actual del Derecho Internacional de las Inversiones en conexión con los desafíos climáticos; la revisión de los potenciales conflictos serán parte del análisis. Desde un enfoque exploratorio, se revisarán distintas estrategias armonizadoras para superar visiones antagónicas, para ello se seguirán algunas de las propuestas efectuadas por el Profesor Francisco Orrego Vicuña. Las fuentes empleadas son principalmente bibliográficas y documentales, como las siguientes: tratados internacionales, doctrina especializada, documentos de organismos públicos (nacionales e internacionales) y revistas científicas.

La perspectiva del artículo es predominantemente jurídica. Esta preferencia de los aspectos jurídicos no desconoce la interdisciplinariedad que está incita en la temática del Cambio Climático y que vuelve difícil situarlo como un fenómeno político, económico o jurídico en exclusiva<sup>1</sup>.

Destacamos el aporte que este trabajo realiza en el marco de la lucha contra el Cambio Climático frente a un régimen internacional que pone en la mira las políticas públicas de los Estados y que requiere medidas urgentes que armonicen las inversiones de cara al ámbito nacional, asegurando que los Estados puedan seguir recibiendo inversiones y no vean obstaculizado su desarrollo a futuro<sup>2</sup>. Se prestará especial atención a Chile como un actor relevante tanto en el ámbito climático (está tramitando una ley marco específica) como en inversiones en la región.

## 2 El actual marco del Régimen Internacional de Cambio Climático

El Acuerdo de París resulta el último instrumento convencional<sup>3</sup> con un inicio exitoso, en noviembre

<sup>1</sup> Se ha señalado que los desafíos más importantes de los asuntos de política climática se pueden encontrar en la investigación interdisciplinaria que se adapta mejor a una perspectiva de la tierra como un sistema holístico. Y esto también determina que se considere primariamente el tamaño de la población, su riqueza y la tecnología. Cfr. BANG, Guri; UNDERTAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 15.

<sup>2</sup> A primera vista, las inversiones se presentan como un objetivo común de los Estados que requieren atraerlas y conservarlas, para asegurar su propio desarrollo, con el afán de generar espacios seguros para la llegada de las Inversiones, los Estados negocian y concertan Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

<sup>3</sup> El régimen internacional de Cambio Climático se construye a partir de la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático (CMNUCC 1992) con dos hitos derivados: el Protocolo de Kioto (1997) y el Acuerdo de París (2015). Para los antecedentes del régimen sugerimos el punto “2. Aquecimiento global antropogénico e mudanzas climaticas” en CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. “Litigância climática como estratégia jurisdiccional ao aquecimento global antropogénico e

de 2016 cuando el número de ratificaciones se produjo en cinco meses, lo que lo convierte en el acuerdo ambiental más exitoso en su entrada en vigor<sup>4</sup>. Tiene dos pilares, el primero es el pilar físico: la limitación del aumento de la temperatura por debajo de 1,5 grados centígrados, y la mantención del aumento de la temperatura global por debajo de los 2°C; el segundo es el pilar jurídico: conformado por el mecanismo jurídico de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés)<sup>5</sup>.

El régimen internacional se ha ido construyendo frente al aumento de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero, las que han estado presentes en la atmósfera desde siempre pero que, dado su aumento en las últimas décadas, la atención se ha focalizado en el clima. La emisión de estos gases por las actividades humanas genera el efecto invernadero, al aumentarse la concentración de estos gases, absorben más energía y, por ende, se eleva la temperatura. Las principales evidencias del fenómeno son precipitaciones cambiantes, glaciares en retroceso, derretimiento de nieve y hielo, aumentos en el nivel del mar, entre muchas evidencias puestas de manifiesto por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (PICC) que desde 1988 a la fecha provee los elementos científicos del riesgo que supone el Cambio Climático en los sistemas naturales y humanos.

Las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional obligan a las Partes a avanzar en sus compromisos, darles seguimiento a sus emisiones y registrar sus progresos frente al régimen internacional, todos los que deberán ir enfocados en la disminución de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Las Contribuciones deberán ser presentadas por todas las Partes cada cinco años y conllevar un progreso de las acciones presentadas la vez anterior; por ende, deben incluir medidas más intensas y ambiciosas adoptadas en el marco de las obligaciones anteriores de ese Estado.

Este contexto internacional revaloriza las acciones nacionales para mitigar el Cambio Climático que son obligatorias para todo los Estados que ratifican el Acuerdo, sin distinción de países desarrollados y en desarrollo. Y a la vez determina que los Estados deban ir diversificando los espacios en que el Cambio Climático es parte de sus preocupaciones.

Debe mencionarse que las estrategias a cargo de los Estados se sustentan en acciones de adaptación, mitigación, transferencia de tecnología y el financiamiento, cuatro pilares de cualquier política y medidas para enfrentar este desafío ambiental. A continuación, definiremos las principales acciones: Adaptación se refiere a los ajustes de los sistemas naturales y humanos ante cambios ambientales, que en el caso del Cambio Climático responden a sus estímulos o a sus efectos, y que modera su daño o explota sus oportunidades benéficas. Mitigación se define como las políticas y medidas diseñadas para reducir las emisiones de Gases Efecto Invernadero y para reducir los efectos del Cambio Climático<sup>6</sup>.

El Acuerdo de París se fundamenta en un compromiso colectivo expresado en el Artículo 4<sup>7</sup>, que los Estados asumen en la medida que están dispuesto a trabajar en post de la estabilización de GEI de un modo proactivo. En consonancia con la Convención Marco de Cambio Climático, cuyo objetivo último es la estabilización de las concentraciones de Gases de Efecto Invernadero en la atmósfera a un nivel que prevenga los peligros derivados de las interferencias antropógenas en el sistema climático.

---

mudancas climáticas". *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

<sup>4</sup> LUCAS GARÍN, Andrea. *Cambio Climático y Acuerdos Comerciales Regionales. Una mirada desde el Sistema Multilateral de Comercio*. Santiago de Chile: Editorial Finis Terrae, 2017.

<sup>5</sup> Para llegar al Acuerdo de París más de un centenar de Estados presentaron esos avances de INDC que luego se reflejaron en el Art. 4 del Acuerdo. Las INDC hoy son las NDC y se registran en el Registro Internacional de Contribuciones Determinadas a nivel Nacional, que ya cuenta con 184 Partes que han enviado sus Contribuciones. Disponible en: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/Pages/Home.aspx> Revisado el: 07 feb. 2020.

<sup>6</sup> La traducción nos pertenece. ROBINSON, Nicholas A.; XI, Wang; HARMON, Lin; WEGMUELLER, Sarah (ed.). *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited p. 3 y 172.

<sup>7</sup> Artículo 4 Punto 2 indica: Cada Parte deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar. Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones.

La etapa actual del régimen climático presenta algunos puntos sobresalientes: la actuación nacional adquiere máxima relevancia, ya no se trata de que el Derecho Internacional Ambiental, desde afuera, quiera imponer a los Estados límites a las emisiones de gases de efecto invernadero, sino que son los propios Estados quienes deben determinar sus niveles de emisión y la manera de respetarlos; se acaba la distinción entre países desarrollados y países en desarrollo en cuanto a los compromisos; la transferencia de tecnología y el financiamiento adquieren mayor relevancia; para el período que viene, que se concibe como de largo plazo, hay una apuesta por una cooperación más constructiva, con una acción mancomunada frente al Cambio Climático.

El proceso de implementación en que se encuentra el régimen internacional tiene un carácter técnico, pero también jurídico, y la lectura que proponemos desde el Acuerdo de París debe guiar a los operadores políticos, jurídicos, científicos, etc.

El Acuerdo asegura que los aspectos sociales, económicos y ambientales sean considerados en igualdad de condiciones al abordarse el Cambio Climático, no en forma complementaria ni descoordinada. Asimismo, determina la aplicabilidad práctica de los Principios que consagra por parte de los Estados, que deberán, a través de su legislación, estándares y, en especial, de sus políticas nacionales, implementar el régimen a nivel local<sup>8</sup>.

Desde nuestro análisis, ese cambio de enfoque pasará principalmente por la acción climática mancomunada, sumada a una mayor transparencia, a la equidad, a la buena gobernanza, a la precaución y, con toda certeza, a una mayor cooperación.

### 3 El marco del Derecho Internacional de las Inversiones

El soporte que el Derecho Internacional Económico puede brindar en sus ámbitos de comercio e inversiones a temáticas ambientales es algo que desde hace algunos años es parte de discusiones institucionales y académicas y que hoy en día son aceptadas<sup>9</sup>; podemos prever que estas relaciones serán mayores en el futuro e incluso pueden llegar a ser parte de la agenda internacional y nacional.

Así, es posible conectar las inversiones y el comercio, no sólo porque históricamente han evolucionado en el mismo período, en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, sino también porque forman parte del universo del Derecho Internacional Económico, a lo que agregamos como factores de convergencia que ambos sistemas comparten terreno jurídico común; que la misma medida puede caer dentro del alcance jurisdiccional de ambos sistemas, invocar una norma jurídica e incluso adjudicarse simultáneamente; entre otros factores explicados por Kurtz<sup>10</sup>.

Se reconoce un rol de las inversiones dentro del Cambio Climático dado que la urgencia que plantea el Cambio Climático requiera diversificar las áreas del Derecho Internacional que se ocupan de la problemática. Por ello corresponde conectar inversiones y Cambio Climático. Adelantamos que las perspectivas pueden ser varias.

Las inversiones extranjeras y nacionales son necesarias<sup>11</sup>. Sin embargo, pueden tener impactos negativos

8 Sobre Principios, recomendamos LUCAS GARÍN, Andrea. "Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático". *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 195-226, sep./dic. 2019.

9 AERNI, Philipp; BOIE, Bertram; COTTIER, Thomas; HOLZER, Kateryna; JOST, Dannie Jost; KARAPINAR, Baris; MATTEOTTI, Sofya; NARTOVA, Olga; PAYOSOVA, Tetyana; RUBINI, Luca; SHINGAL, Anirudh; TEMMERMAN, Fitzgerald; XOPLAKI, Elena; BIGDELI, Sadeq "Climate Change and International Law: Exploring the Linkages between Human Rights, Environment, Trade and Investment". *German Yearbook of International Law*, v. 53, p. 139-188, 2010

10 KURTZ, Jürgen. *The WTO and international investments law: converging systems*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.

11 En palabras de Vadi "El régimen de inversiones internacionales pueden y han desempeñado un papel en la gobernanza global del clima". La traducción nos pertenece. VADI, Valentina. *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?* *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. VAN AAKEN, Anne. "Defragmentation of Public Inter-

en el medio ambiente y pueden significar el aumento de las emisiones de Gases Efecto Invernadero en el país receptor. “Al igual que muchos otros problemas ambientales, el cambio climático inducido por el hombre es en su nivel más básico una externalidad. Aquellos que producen emisiones de gases de efecto invernadero están provocando el cambio climático, imponiendo costos al mundo y a las generaciones futuras, pero no enfrentan directamente, ni a través de los mercados ni de otra manera, las consecuencias totales del costo de sus acciones”, señalaba Stern en su célebre informe<sup>12</sup>.

El Cambio Climático presenta oportunidades e impedimentos para las inversiones extranjeras. Las oportunidades están representadas por la apertura de mercados de tecnologías eco-eficientes y de fuentes de energías renovables, y al mismo tiempo, las medidas de mitigación envuelven la promoción de aperturas económicas de mercados nuevos o partes de mercados internos.

La actualidad de la temática se impone, frente a la generación de medidas nacionales que impliquen limitaciones a las emisiones de GEI de los sectores en que están incluidas esas inversiones, tanto las nuevas como las antiguas. Esto puede generar un real impedimento para la llegada y permanencia de inversiones. Así, el Cambio Climático plantea la eventual contradicción que pudiera llegar a existir entre las garantías dadas a los inversionistas extranjeros y las medidas que luego se tomen para gestionar o mitigar los efectos del Cambio Climático.

Esto nos lleva a considerar que en el ámbito internacional y de las “...inversiones extranjeras han surgido también normas a nivel internacional que gobiernan la relación entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Estos inversionistas pueden reclamar ante tribunales internacionales, sin antes tener que agotar los recursos internos. De esta manera, el derecho administrativo de los Estados es evaluado por órganos jurisdiccionales internacionales conforme a estándares internacionales derivados de un conjunto de tratados y normas consuetudinarias. Entre estas reglas y/o estándares se encuentran: el trato nacional, el trato justo y equitativo, y la compensación por la expropiación directa e indirecta”<sup>13</sup>.

Este Derecho de las Inversiones, sin un acuerdo global ni un texto único sino conformado sustancialmente por más de 3000 acuerdos de promoción y protección de inversiones (“APIs”), conforman el “spaghetti bowl” de reglas de inversiones aplicando el concepto desarrollado por Bhagwati para el comercio internacional<sup>14</sup>. La primera generación de estos Acuerdo de Protección, también llamados BITs (“bilateral investment treaties”), surge a fines de la década del cincuenta del siglo pasado. En la década del noventa se registra un frenesí por suscribir estos acuerdos entre los Estados<sup>15</sup>, que en sus últimas generaciones van incluyendo otros temas como medio ambiente.

La característica principal es que habilitan a reclamar directamente a los Estados Anfitriones sin necesidad de agotar las vías internas judiciales<sup>16</sup>, lo que va conformando actualmente un contexto en que se están

---

national Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

12 La traducción nos pertenece. STERN, Nicholas. *The economics of Climate Change. The Stern Review*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007. p. 27. Cabe indicar que la economía del Cambio Climático es un área que se ocupa de aplicar conceptos económicos al Cambio Climático y que en nuestro continente ha sido seguida por la CEPAL.

13 FUENTES TORRIJO, Ximena. “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional”. En: BARRAGUIRRE, Jorge; FUENTES TORRIJO, Ximena. *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*. CEPAL, LC/W.325. Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. p. 31-46, p. 33.

14 BHAGWATI, Jagdish. *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs*. Discussion Paper Series No. 726, 1995. Disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8CN7BFM>. Revisado el: 07 feb. 2020.

15 MOROSINI, Fabio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. “Regulacao do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 420-447, 2015.

16 En palabras de Montt “Al liberar a los inversionistas extranjeros de la exigencia de recurrir a sus propios gobiernos en busca de protección diplomática y al eximirlos de la obligación de agotar los remedios procesales locales, estos tratados constituyen una clara demostración –entre otras muchas presentes en el mundo actual– de cómo la globalización está afectando profundamente al Derecho desde fines del siglo XX”. MONTT OYARZÚN, Santiago. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los po-

revisando algunas de las medidas de los Estados sobre Cambio Climático, que han sido llevadas al Arbitraje de Inversiones.

De este modo, el Derecho de las Inversiones a nivel internacional denota una falta de acuerdo de los Estados que ha derivado en la inexistencia de un acuerdo multilateral que ponga en evidencia las múltiples visiones sobre el tema, y denota la existencia de sistemas confrontacionales relacionados con el tratamiento de las inversiones extranjeras que han evolucionado en estos últimos años<sup>17</sup>.

No obstante, García y López Escarcena sostienen que en el marco internacional hay un proceso de reforma del Derecho Internacional de las Inversiones<sup>18</sup>, en vez de acabar con el sistema para promover las inversiones internacionales, porque ellas, a pesar de sus desventajas, también benefician a los Estados,<sup>19</sup> con lo que pretendemos hacer un aporte a la discusión tanto internacional como nacional con este trabajo en ese contexto.

En el fondo, lo que está en juego son tres elementos principales. Primero, la capacidad regulatoria de los Estados y las limitaciones que pudieren imponerle los tratados de promoción de inversiones. Segundo, la posibilidad de que el Estado, al ejercer su capacidad regulatoria, modifique las condiciones jurídicas bajo las cuales el inversor deba desarrollar su actividad económica, lo que podría generar perjuicios económicos al inversor. Y tercero, la posibilidad de que una inversión extranjera pueda causar un daño ambiental. Es decir, hay intereses contrapuestos en juego.

Por una parte, muchos Estados tienen un interés en atraer inversión extranjera y también quieren cautelar su capacidad regulatoria para evitar los riesgos y los daños ambientales que la inversión pudiere causar. Por otra parte, los inversores tienen un interés en evitar que el Estado perjudique la inversión por ejercer esa capacidad regulatoria. Los conflictos entre esos intereses se han entrado expresado cuando los inversores han demandado para que un Estado les indemnice el perjuicio económico derivado de una regulación ambiental. En algunas ocasiones, los inversores han tenido éxito (p.ej. Eiser y Energía Solar c. España<sup>20</sup>) y en otras, el Estado (p.ej. Charanne c. España<sup>21</sup>). Algunos autores evalúan de manera negativa el efecto general que los arbitrajes de inversiones han tenido respecto de la regulación ambiental<sup>22</sup>, pero otros argumentan que la gran mayoría de los laudos arbitrales ha rechazado las demandas por expropiación regulatoria.<sup>23</sup>

Sin embargo, durante el último tiempo se han celebrado tratados de promoción de inversiones que intentan conciliar los intereses contrapuestos del Estado y de los inversores y buscan promover las políticas ambientales. Hay tres mecanismos principales para lograrlo.

Primero, numerosos tratados han incluido disposiciones que cautelan la capacidad regulatoria de los Estados en materia medioambiental. Así, por ejemplo, el Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones<sup>24</sup> establece en su artículo 12 inciso 2: “Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este

deres públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 16, p. 33-70, 2006. p. 33-34.

17 Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017. p. 288.

18 GARCÍA, Frank J.; LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Introduction: Investment Law for the Twenty-First Century”. *Boston College Law Review*, v. 59, p. 2595-2605, 2018. p. 2595.

19 SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 21-23.

20 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo de 2017.

21 Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, SCC Case No. V 062/2012, laudo final de 21 de enero de 2016.

22 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 106-119.

23 VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 107.

24 Disponible en [http://www.sicce.oas.org/TPD/URY\\_USA/Negotiations/text\\_s.pdf](http://www.sicce.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf).

Tratado que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales”. De manera análoga, en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por su sigla en inglés), establece en su artículo 9.16, titulado “Inversión y Objetivos de Medio Ambiente, Salud y otros Objetivos Regulatorios”: “Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida, que sea compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios”<sup>25</sup>. Por un lado, ambos tratados reconocen un margen relativamente amplio de discrecionalidad al Estado, pues es él quien considera si una medida es pertinente. Eso genera el riesgo de que los Estados invoquen esas disposiciones de manera injustificada para incumplir sus obligaciones jurídicas y frustrar las legítimas expectativas de los inversores<sup>26</sup>. Por otro lado, ese margen está limitado por el requerimiento de que la medida sea compatible con el tratado.<sup>27</sup> Sería conveniente que los tratados de promoción de inversiones incluyeran una disposición que reconociese que los inversores no pueden demandar una compensación económica por las medidas que adoptare el Estado para cumplir con sus obligaciones ambientales multilaterales, a menos que constituyeran una nacionalización o una expropiación directa<sup>28</sup>, y que indicasen que el impacto ecológico de un proyecto es un criterio válido para que el Estado discrimine entre inversores.<sup>29</sup> Cláusulas como esas significarían un aporte significativo para promover la compatibilidad de los tratados de promoción de inversiones con los acuerdos sobre el cambio climático, como el Acuerdo de París.

Un segundo mecanismo responde a que los inversores eligen el negocio y la ubicación geográfica más rentable para invertir. La regulación que promueve la protección ambiental genera costos para las actividades económicas. Por eso, una preocupación común se refiere a que los Estados, y especialmente los países en desarrollo, debiliten o no refuercen sus medidas de protección ambiental, para así atraer más inversiones extranjeras. Más aun, los Estados podrían competir entre sí por cuál tiene la regulación ambiental que genere menos costos; esto se ha llamado la competencia a la baja (“*race to the bottom*”). Estas aprehensiones son plausibles, pero también hay argumentos para matizarlas. En efecto, los costos ambientales no son el único criterio que determina la decisión del inversor. También inciden la estabilidad política y económica, la calidad de las instituciones y de la infraestructura, la eficiencia de los trabajadores, etc. Además, la protección del medio ambiente parece ser un bien suntuario, por lo que nivel bajo de desarrollo económico suele ir acompañado de deterioro ambiental, pero a medida que aumenta el nivel, suele mejorar la calidad ambiental. Este factor se denomina la curva ambiental de Kuznets. Por último, no necesariamente un inversor extranjero perjudicará más al medio ambiente que un inversor nacional. En definitiva, la competencia a la baja es plausible, pero no parece haber investigaciones empíricas que hayan podido confirmar que ocurra<sup>30</sup>.

Aun cuando las aprehensiones por una posible competencia a la baja no hayan podido ser comprobadas de manera empírica, es frecuente que los tratados de promoción de inversiones de los últimos años se refieran a la materia. En efecto, el segundo mecanismo para promover las políticas ambientales se refiere a que varios tratados declaran inadmisibles que los Estados reduzcan los niveles de protección ambiental para atraer más inversiones extranjeras. Por ejemplo, el Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones<sup>31</sup> establece en

25 Recomendamos el trabajo de Adin, Morosini y Trubek sobre la influencia del Modelo TPP en las nuevas políticas comerciales y de inversiones, con particular énfasis en Brasil. ADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. “Brasil face os novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais”. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.

26 SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 399.

27 SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 400.

28 PUSHKAREVA, Elvira. “Environmentally Sound Economic Activity, International Law”. En: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2015. p. 249.

29 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 198.

30 VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 103-104.

31 Disponible em: [http://www.sice.oas.org/TPD/URY\\_USA/Negotiations/text\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf).

su artículo 12 inciso 1: “Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna [nota al pie omitida]. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declina ni de otra forma deroga, ni ofrece declinar ni de otra forma derogar tal legislación de manera que se debilite o reduzca la protección otorgada por la misma como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y las dos Partes realizarán las consultas con el fin de evitarlo”. Ahora bien, en la práctica puede ser un problema obtener el cumplimiento forzado de una cláusula de este estilo.

Un tercer mecanismo para que estos tratados promuevan la protección del medio ambiente, se refiere a que algunos Estados han interpuesto demandas reconventionales para que el inversor indemnice el daño ambiental que ha causado.<sup>32</sup>

En definitiva, estos mecanismos reflejan un cambio en las percepciones sociales. Las exigencias ambientales hoy en día gozan de un apoyo social muy amplio y ya no constituyen posturas radicales, sino que forman parte de la cultura dominante. Aunque una parte del sector empresarial se ha resistido, la conciencia ambiental ha logrado incidir en nuestra percepción de las actividades económicas y en las expectativas de comportamiento empresarial.<sup>33</sup> Especialmente las inversiones destinadas a explotar recursos naturales o generar energía enfrentan estas nuevas percepciones sociales. Cada vez con más fuerza, para los inversores no sólo la regulación ambiental puede constituir un costo económico, sino también la responsabilidad por haber causado un daño ambiental y la oposición de la sociedad civil contra la inversión<sup>34</sup>. La transparencia y la participación pueden retrasar y encarecer los proyectos de inversión, pero a fin de cuentas la inversión será menos riesgosa porque reflejará de mejor manera los intereses y los derechos de todas las partes afectadas.<sup>35</sup>

Ahora bien, los tratados de promoción de inversiones no son una panacea. Una parte de la doctrina los ha criticado con fuerza, entre otros motivos porque muchos de estos tratados no toman en consideración los efectos ambientales de las inversiones, y porque en ocasiones los tribunales arbitrales han calificado la regulación ambiental como un incumplimiento a las obligaciones convencionales.<sup>36</sup> En efecto, estos tratados necesariamente contienen disposiciones que protegen los intereses económicos de los inversores. Por eso, en caso de que un inversor impugne una regulación ambiental estatal, el tribunal deberá dirimir cuáles intereses preponderan en el caso concreto, si los intereses económicos (como en *Tecmed*<sup>37</sup> o *Metalclad*<sup>38</sup>) o los ambientales (como en *Methanex*<sup>39</sup> o *Parkerings-Compagniet*<sup>40</sup>).

En definitiva, todavía no ha acabado el proceso de buscar un equilibrio entre proteger los intereses de los inversores extranjeros y la necesidad pública de proteger el medio ambiente<sup>41</sup>. Mientras mejores sean los mecanismos para sopesar los intereses en conflicto, más fácil será prevenir y solucionar los conflictos generados por la colisión entre los intereses económicos y ambientales.<sup>42</sup>

32 COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 242.

33 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 106, 114-115.

34 MILES, Kate. “The Origins of International Investment Law”. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 209. Citando a Wälde y Ndi, “Stabilizing international investment commitments” *Tex. Int’l LJ* 31, p. 230-1, 1996.

35 Paráfrasis de BENEVISTI, Eyal. “Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?”. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 45, 2018.

36 MILES, Kate. “The Origins of International Investment Law”. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 210.

37 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI caso número ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003.

38 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI caso número ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000.

39 *Methanex Corporation v. United States of América*, laudo final de 3 de agosto de 2005.

40 *Parkerings-Compagniet AS v. Republic Of Lithuania*, CIADI caso número ARB/05/8, laudo de 11 de septiembre de 2007.

41 Schill aborda los enfoques unilaterales de la mitigación del Cambio Climático y de cómo esto afecta a los inversionistas extranjeros, concluyendo que los tratados de inversión no conducen necesariamente a una afectación regulatoria. SCHILL, Stephen W. “Do Investment Treaties chill unilateral State regulation to mitigate Climate Change?”. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 5, p. 469-477, 2007.

42 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 119.

## 4 Potenciales conflictos entre Inversiones y Cambio Climático

El debate sobre el cambio climático es, en el fondo, un debate sobre cómo proveer un bien público mundial. El Derecho Internacional Económico ha sido eficiente en proveer ciertos bienes públicos mundiales, como las telecomunicaciones, pero ha sido deficitario para proveer otros, como proteger el medio ambiente y evitar el cambio climático.<sup>43</sup> Muy pocos tratados de promoción de inversiones contienen disposiciones relacionadas de manera específica con el cambio climático<sup>44</sup>. Será importante corregir esta falencia, ya que las controversias entre inversores y Estado podrían abarcar la regulación respecto del cambio climático, p.ej. si el Estado ofrece incentivos para proyectos de energía renovable, si el Estado crea barreras para invertir en proyectos de energía renovable<sup>45</sup>, restringe la emisión de carbono o prohíbe ciertas actividades económicas que generan gases de efecto invernadero<sup>46</sup>.

Los textos de los Acuerdos Internacionales de Inversiones incluyen acuerdos o capítulos sobre la solución de controversias inversionista-Estado, que se dirimen en la mayor parte de los casos, mediante el arbitraje en materia de inversión, que puede ser ad hoc o institucional, siendo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) las más usadas para la primera opción y para la segunda, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) es la institución que lleva a cabo el arbitraje institucional de manera más extendida. Desde la perspectiva sustantiva, una parte importante de los casos se ocupan de las disputas regulatorias surgidas de la relación Estados e Inversores<sup>47</sup>.

En muchas de estas disputas, se discute sobre la necesidad de reducir “...la protección legal otorgada a los intereses económicos privados extranjeros, por un lado, y al poder regulador soberano de los Estados anfitriones para perseguir el interés y el bienestar público, en el otro”, al decir de Tanzi<sup>48</sup>. En igual sentido, Ortino describe que los tribunales arbitrales están dedicados a revisar una amplia gama de actos públicos, incluidos actos de cualquier órgano estatal que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de cualquier otro tipo<sup>49</sup>, varios de estos actos estatales se alojan en las políticas climáticas que están emprendiendo los Estados actualmente.

De este modo, “...el marco regulatorio internacionalizado (está) compuesto por aquellos acuerdos de promoción y protección de inversiones (“APPis”) y Tratados de Libre Comercio (“TLCs”) celebrados en los últimos años por nuestro país con diversos Estados...” como explica López Escarcena<sup>50</sup>.

Siguiendo a Miles<sup>51</sup>, para reducir las emisiones podemos identificar tres enfoques en los esfuerzos: 1) Cortar dramáticamente el uso intensivo de carbono como fuente de energía; 2) Promover la innovación y

43 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Law in the 21st Century*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 60-61.

44 POLANCO, Rodrigo. “Integrating Trade, Investment and Climate Change”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren. (ed.) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 635.

45 HAFNER, S.; JAMES, O.; JONES, A. “A Scoping Review of Barriers to Investment in Climate Change Solutions”. *Sustainability*, v. 11, p. 3201, 2019.

46 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 195.

47 Esta multiplicidad de decisiones por tribunales internacionales y arbitrales es parte de la discusión sobre Fragmentación del Derecho Internacional. Recomendamos a Anne van Aaken, quien propone para lograr la integración el Principio de Proporcionalidad del Derecho Internacional. VAN AAKEN, Anne. “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

48 TANZI, Attila. “On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 11, Issue 1, p. 47-76, 2016. p. 49.

49 ORTINO, Federico. “Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case against Strict Proportionality Balancing”. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 71-91, 2017.

50 LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MITD”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 32, n. 1, p. 79-88, 2005. p. 79.

51 MILES, Kate. “International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World”. *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008* (July 2, 2008). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1154588>  
Revisado el: 07 feb. 2020. p. 4.

desarrollo (I+D) en tecnologías bajas en carbono y energías renovables; 3) Facilitar el Desarrollo Sostenible y el uso de tecnologías amigables con el clima en los países en desarrollo. La autora indica que es en el curso de la implementación de estas medidas donde pueden surgir los conflictos con las inversiones internacionales.

En las medidas regulatorias para enfrentar el Cambio Climático es donde pueden surgir los enfrentamientos con el régimen de inversiones extranjeras. Pensamos específicamente en las medidas de mitigación que consisten en limitar las emisiones en sectores de la economía, que por cierto respondan a la característica de ser los más emisores (es decir, que con frecuencia las inversiones tienen mucho que ver con sectores emisores fuertes de GEI). También puede tratarse de medidas regulatorias que prohíban la actividad o que impongan límites o mejoras tecnológicas a los sectores. Un tercer problema que puede surgir está en la diferenciación entre los operadores de los mismos sectores, que no sean tratados de igual manera frente a las medidas regulatorias emprendidas. Así, la variedad de medidas que colisionen pueden darse en varios contextos. Mencionaremos algunos ejemplos: introducción de subsidios a favor de tecnologías limpias, desaparición de subsidios para uso de combustibles fósiles, o reducción de subsidios garantizados al inversor de energías renovables<sup>52</sup>. Respecto de los combustibles fósiles, se ha argumentado que para reducir su consumo será necesario que los Estados incentiven el redireccionamiento de las inversiones desde las energías fósiles hacia las renovables, y también que las empresas incorporen el cambio climático en sus análisis de riesgo.<sup>53</sup>

La potencial amenaza es que se presenten reclamos de inversores<sup>54</sup>. Esto ha ocurrido en los últimos años en los siguientes temas, según categoriza Vadi: Inversores en energías renovables como demandantes y Desafíos a las medidas reglamentarias relacionadas con el Cambio Climático, que subdivide en casos por Expropiación, Discriminación, Cláusulas de Estabilización, Trato Justo y Equitativo<sup>55</sup>. La doctrina ha debatido si los posibles reclamos de inversores pueden generar que los Estados se paralicen y eviten regular en materias medioambientales (el llamado “*regulatory chill*”). Es muy difícil comprobar esa parálisis, entre otros motivos por la falta de hipótesis de contraste, pero hay indicios que indican que no es una posibilidad descabellada<sup>56</sup>.

Al fijar los APPIs garantías como trato justo y equitativo, de nación más favorecida o la prohibición de expropiación directa o indirecta sin compensación, muchas de estas garantías no están detalladas ni se fijan los derechos y deberes de las partes, por lo que queda en manos de los árbitros su definición, con la correspondiente incertidumbre y falta de seguridad tanto para el Estado, que por un lado está comprometido en avanzar frente a las urgencias que el Cambio Climático impone, como para el inversor (que muchas veces desea actuar con responsabilidad frente a las propias imposiciones de sus accionistas).

Lo expuesto nos permite identificar que estas dos áreas del Derecho Internacional pareciera que son asimétricas, áreas herméticas que en las controversias ponen en evidencia la necesidad de construir mecanismos que eviten las controversias y apuesten a un escenario de mayor seguridad jurídica para los inversores y también para un Estado respetuoso de sus compromisos internacionales en materia climática.

52 Seguimos a VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. United States of America: Cambridge University Press, 2012. p. 258.

53 OSOFSKY, H. M.; PEEL, J.; McDONNELL, B. H.; FOERSTER, A. “Energy Re-Investment”. *Indiana Law Journal*, v. 94, n. 2, Article 6, 2019.

54 Desde la perspectiva de los inversores, la evaluación de las medidas climáticas se vuelve relevante al igual que la evaluación de los medios legales con los que cuentan, los que brindan el Derecho Nacional y las vías habilitadas por los APPIs o TLC.

55 VADI, Valentina. *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?* *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. p. 1315-1332.

56 COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 241-242.

## 5 El caso de Chile frente al Cambio Climático y las inversiones

Chile se ha presentado como un caso paradigmático en términos de apertura comercial sostenida por tres vías principales: multilateral, regional y bilateral. Al negociar distintos tipos de acuerdos, Chile ha demostrado su interés en incorporar los temas ambientales como forma de prevenir decisiones unilaterales de las contrapartes y aclarar las relaciones con sus socios comerciales. También han contribuido a ello otros factores, como el consenso interno en favor de la inclusión de estos temas y un avance de la temática en las preocupaciones ciudadanas. Las inversiones han sido parte de esta política de apertura a través de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

Según un estudio de la OECD<sup>57</sup>, Chile tiene 56 Acuerdos Internacionales de Inversión al 2011 y de ellos, seis cuentan con referencias específicas a la preocupación ambiental, lo que representa un 11%<sup>58</sup>. Esta cifra coincide con la relevada por Cristani y Polanco Lazo entre APPIs y TLCs<sup>59</sup>. Por su parte, Direcon, con información más general, se refiere a los Acuerdos Comerciales con disposiciones ambientales, alistando 14 acuerdos que Chile ha firmado desde el año 1997 en adelante<sup>60</sup>. Chile, además, destaca por haberse sumado a la tendencia de negociar mega acuerdos comerciales que se ocupan de las inversiones extranjeras, como lo hace el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) firmado en marzo de 2018.

De cara a las inversiones, Chile tiene un nuevo contexto nacional desde el año 2016 dispuesto por la Ley 20.848 que “Establece Marco para la Inversión Extranjera Directa en Chile y Crea La Institucionalidad Respectiva”, que reemplazó el Decreto Ley 600 “Estatuto de la Inversión Extranjera”, que por muchos años rigió las inversiones extranjeras en Chile<sup>61</sup> <sup>62</sup>. De manera complementaria, se ha dictado el Decreto N° 56 que aprueba la Estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera, que contiene las directrices fundamentales que guiarán el accionar de la nueva agencia, que opera bajo la denominación de InvestChile.

En la labor de la agencia destacan en Chile como sectores priorizados la industria alimentaria, el turismo sustentable y las energías renovables<sup>63</sup>. Entendemos que los desafíos que enfrenta la agencia pasan por atraer

57 Tener presente que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE o Organisation for Economic Cooperation and Development OECD en inglés) ha realizado estudios sobre la dimensión económica de la conexión entre inversiones extranjeras y protección ambiental desde la década del noventa, DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 383. Destacamos también la línea de estudio de Inversiones y Desarrollo Sostenible desarrollada por UNCTAD (2015).

58 GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “*Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing, 2011.

59 CRISTANI, Federica; POLANCO LAZO, Rodrigo. “International Investment Agreements concluded by Latin American Countries”. En: TANZI, Atila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO LAZO, Rodrigo; TURRINI, Paolo (ed.). *International Investment Law in Latin America: Problems and Perspectives = Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 837-862.

60 Estos acuerdos comerciales con disposiciones ambientales requieren revisarse para ver si incluyen disposiciones sobre inversiones y en tal caso, analizar los alcances en clave ambiental y si son aplicables o no a la problemática del Cambio Climático. El primer tratado fue el Acuerdo de Cooperación Ambiental, suscrito con Canadá en el marco del TLC, que entró en vigencia en 1997. Informa la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (reemplazo desde mediados de 2019 de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Medioambiente y Comercio*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/minisitio/medio-ambiente-y-comercio/> Revisado El: 08 feb. 2020.

61 Cfr. GALLEGOS ZUÑIGA, Jaime. “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”. *Revista Tribuna Internacional*, v. 5, n. 9, p. 29-51, 2016.

62 Los puntos destacables de la Ley 20.848 son los siguientes: se refiere a la Inversión Extranjera Directa (IED) (Artículo 2); define qué entiende por inversionista extranjero (Artículo 3); consagra el Principio de Trato Nacional (Artículo 9); en términos de toma de decisiones sobre inversiones, prevé que es el Presidente de la República debe establecer una estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera (Artículo 10), a la vez que funciona asesorándolo al Comité de Ministros para el Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera (Artículo 12); una innovación interesante es que crea la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera (APIE) que se encargará de promover y atraer el ingreso de todo tipo de capitales (y sucesora del Comité de Inversiones Extranjeras) (Artículo 15).

63 INVESTCHILE. Disponible en: <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2017/06/investchile-britcham.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

inversiones que colaboren con el escenario climático en construcción. Entendemos que parte de esas estrategias se originarán en los APPIs en la medida que esa interrelación sea parte de los temas contemplados en los Acuerdos.

Desde la perspectiva del Cambio Climático, en Chile las emisiones totales alcanzaron los 109.908,8 Gg CO<sub>2</sub> eq, incrementándose 113,4% en relación con los índices de 1990. La matriz de emisiones se conforma así: “Respecto de las emisiones de GEI totales por sector, el sector Energía (que incluye Minería) representó un 77,4%, seguido del sector Agricultura (12,5%), del sector Procesos Industriales y Uso de Productos (IPPU) (6,0%), y finalmente del sector Residuos (4,1%)”<sup>64</sup>. El total de la participación de Chile en las emisiones globales de GEI no exceden el 0,3%, sin embargo, la tendencia al alza de las emisiones se mantiene.

Está claro que el Cambio Climático resulta de las emisiones de GEI asociadas a las actividades económicas que acabamos de describir, donde la participación de las Inversiones es fundamental<sup>65</sup>. Al mismo tiempo la necesidad de recibir Inversiones se incrementa frente a las consecuencias del Cambio Climático, las que deben ir encaminadas a Infraestructura, a la Seguridad Alimentaria, a más I+D, entre otras áreas.

De cara al régimen internacional, en la Tercera Comunicación Nacional de Chile expresa “El modelo económico chileno es abierto y estable, lo que favorece el comercio y la inversión. En gran medida, el crecimiento económico del país esta regido por la actividad minera, cuyas exportaciones al año 2014, correspondieron al 54,2% del total exportado por el país (DIRECON, 2015)”<sup>67</sup>.

Chile frente al régimen internacional presentó en 2015 su compromiso de Contribuciones Determinadas, que incluye medidas de mitigación, medidas de adaptación, construcción y fortalecimiento de capacidades, desarrollo y transferencia de tecnologías y financiamiento<sup>68</sup>. Se encuentra en proceso de actualizar la Contribución Nacional, avanzando en una propuesta de neutralidad al 2050<sup>69</sup>.

En el plano internacional del Cambio Climático, Chile ha sido un Estado activo tanto en las negociaciones como en su adhesión a este especial régimen ambiental. Chile enfrentó el pasado fin de año, la organi-

64 El balance entre emisiones y absorciones de GEI de Chile (incluyendo FOLU) alcanzó los 70.054,4 Gg CO<sub>2</sub> eq. Cuando hablamos de este ítem, hacemos referencia al balance de emisiones y absorciones de GEI, expresadas en dióxido de carbono equivalente (CO<sub>2</sub> eq) Considerar que la media de emisiones de GEI a nivel global se ha incrementado casi un 50% desde el noventa, por lo que Chile está muy por encima del aumento de emisiones globales. En cuanto a los gases emitidos, el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) sigue siendo el principal gas emitido (78,4), luego el metano (10,7%), N<sub>2</sub>O (10%) y gases fluorados (0,9%) (p. 198). MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

65 A modo de ejemplo, la matriz de emisiones de GEI de Brasil se conforma por Agricultura 26,6%, Energía 30,2%, Uso del Suelo, Cambio del Uso del Suelo y Silvicultura 34,6%, Procesos industriales 5,5% y Basura 3,1%. Ver AAMODT, Solveig. “To be - or not to be - a low carbon economy: a decade of climate politics in Brazil” en BANG, Guri; UNDERTAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 27.

66 Siguiendo a Borner hacemos presente que minería y energía son áreas de alto riesgo que requieren altas inversiones por ello tradicionalmente están protegidas, y que estas industrias tienen muchos antecedentes de resolverse por arbitraje, siendo CIADI el ámbito que provee una ruta conocida. BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” en BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (eds.). *International Investment Law*, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, p BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” En: BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (ed.). *International Investment Law*. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015. p. 1644-1675.

67 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

68 En la mencionada Contribución Nacional del 2015, Chile ha asumido ante el régimen internacional el compromiso de disminuir al 2030 sus emisiones de CO<sub>2</sub> por unidad de PIB en un 30% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso. Contribución Nacional Tentativa de Chile (INDC) para el Acuerdo Climático París 2015. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>. 02 feb. 2020.

69 En la propuesta para presentar al Régimen Internacional de Cambio Climático en el 2020 se propone disminuir en 45% sus emisiones contaminantes anuales para 2030, con base en 2016 (último año de medición en el inventario nacional de emisiones de Chile), pasando de los actuales 46 millones de toneladas de CO<sub>2</sub> a 25 millones. Se puede consultar en: [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/10/Propuesta\\_actualizacion\\_NDC\\_Chile\\_2019.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/10/Propuesta_actualizacion_NDC_Chile_2019.pdf) Revisada el: 12 feb. 2020.

zación de la Conferencia de las Partes, o más conocida como COP 25 con dispares resultados<sup>70</sup>, pero que pusieron de manifiesto la necesidad de avanzar en una agenda climática más diversificada para cumplir con los compromisos internacionales.

Desde la perspectiva nacional, el Cambio Climático es el área medioambiental que más ha crecido y que más dinámicamente se está desarrollando en el Derecho Ambiental. Muestra de ello es la arquitectura climática que está conformada por la institucionalidad y los instrumentos de gestión, de modo que el Cambio Climático es parte de la agenda pública<sup>71</sup>. Chile está dando pasos de mayor complejidad atento a que se ha presentado el pasado enero el proyecto de ley de Cambio Climático sometido a la discusión del Congreso Nacional<sup>72</sup>.

Chile está abocado en un proceso de conformación del escenario nacional, con los principales instrumentos de gestión, a saber: la Estrategia Nacional de Cambio Climático de 2006 y el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-2012 (PANCC I), reemplazado el año pasado por el nuevo Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (PANCCII) 2017-2022 (Acuerdo N° 22/2017 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad CMS). Destacamos que el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático ampara a los planes sectoriales. La adaptación ha seguido un criterio de sectorialidad y vulnerabilidad en su aparición temporal.

En cuanto a mitigación, la principal medida es Ley 20.698 que propicia la ampliación de la matriz energética mediante fuentes renovables no convencionales, del año 2013, que establece que para el año 2025 el 20% de la energía producida en Chile provendrá de fuentes renovables. En el marco de dicha Ley, Chile asumió un conjunto de acciones de mitigación que fueron más allá de los compromisos establecidos en la Convención para los países no Anexo I del Protocolo de Kioto. Entre las principales acciones tempranas de mitigación ubicamos el Programa de Eficiencia Energética y la Ley 20.257 de fomento de las Energías Renovables, del año 2008<sup>73</sup>.

A nivel internacional Chile ha sido un receptor de inversiones importante que en estos últimos años registra un descenso en los ingresos<sup>74</sup>. Por ende, enfocarse en estos temas le permitirá seguir participando en un escenario global que requiere actualizaciones y claridad. Al mismo tiempo, las inversiones en general tienen un carácter extractivo y de explotación de recursos naturales, como indica el Ministerio del Medio Ambiente en la Tercera Comunicación citada. Por ello, avanzar en estrategias que armonicen APPIs e inversiones y Cambio Climático se hace imprescindible.

70 Un breve comentario de la COP25 se encuentra disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/01/17/Los-resultados-de-la-COP-25-hacia-donde-se-mueve-Chile.aspx>. Revisado el: 12 feb. 2020

71 Más informaciones sobre la adhesión de Chile al régimen internacional de Cambio Climático y toda su performance, remitimos a LUCAS GARÍN, Andrea. “Más de una década de cambio climático en Chile: análisis de las políticas domésticas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 153, p. 587-625, sep./dic. 2018.

72 El proyecto de Ley Marco de Cambio Climático se ubica como Boletín N° 13.191-12, ingresado al Senado el pasado 13 de enero de 2020 y está en trámite parlamentario.

73 En el sector energía, el Ministerio de Energía está avanzando con el Plan de Mitigación de Gases de Efecto Invernadero para el Sector Energía, donde convergen las acciones de mitigación en el marco del Acuerdo de París asociadas a la Política Energética Nacional 2050 (PEN 2050); este plan fue sometido a consulta pública y aprobado por el Acuerdo N°42/2017 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (30 de noviembre de 2017). Además, el nuevo Gobierno lanzó la “Ruta Energética 2018-2022” el 14 de Abril de 2018, confirmando que el sector energía es el mayor emisor de GEI y que se definirán los pasos para implementación del Plan de Mitigación del sector, que incluye la búsqueda de financiamiento.

74 “Mientras que en 2016 se registraron descensos en las entradas de IED en la gran mayoría de los países de la región, en 2017 la IED se incrementó en la mayor parte de ellos. La caída se concentró en el Brasil (en que la IED disminuyó un 9,7%), en Chile (donde se redujo un 48,1%) y, en menor medida, en México”. Este panorama es distinto al de los años 2007 y 2011 cuando Chile atraía grandes flujos de inversiones dirigidos a la explotación de minería e hidrocarburos como explica el informe. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2018). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, p. 11 y 34. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf). Revisado el: 07 feb. 2020.

## 6 Posibles estrategias para armonizar inversiones y Cambio Climático

Para abordar las estrategias que armonicen Cambio Climático e inversiones realizaremos tres propuestas que pueden conciliar estos ámbitos: 1) Incorporación, en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) ya suscritos tanto se traten de Acuerdos Bilaterales de Inversión (BITs) y Tratados de Libre Comercio (TLC), de disposiciones ambientales con expresa mención al Cambio Climático; 2) Implementación voluntaria de estándares medioambientales; 3) Incentivos de mercado. Las dos últimas propuestas fueron efectuadas por el Profesor Francisco Orrego Vicuña en el artículo titulado “Trade and environment: new issues under International Law” del año 1998<sup>75</sup>, las incluimos aquí para dialogar de manera crítica con sus propuestas. A continuación, nos referiremos a estas propuestas:

1) Incorporación, en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) ya suscritos tanto se traten de Acuerdos Bilaterales de Inversión (BITs) y Tratados de Libre Comercio (TLC), de disposiciones ambientales con expresa mención al Cambio Climático. En general los AII no especifican el alcance de la discreción de un Estado anfitrión para regular en interés público a favor de declaraciones amplias sobre objetivos de política o, en algunos casos, conceptos expansivos como el desarrollo sostenible. Tales justificaciones indeterminadas para la interferencia regulatoria con los inversores extranjeros a menudo se tratan en los Preámbulos<sup>76</sup>. Lo cierto es que hay una tendencia a favor de que Derecho Internacional de las Inversiones reconozca las actividades generadas por las empresas transnacionales que estresan el medioambiente y que en especial, en las inversiones enfocadas en sectores extractivos provocan daños a los ecosistemas. Este reconocimiento hoy debe incluir hacerse cargo de las emisiones de GEI que generan estas inversiones en los países anfitriones.

2) Implementación voluntaria de estándares medioambientales: los estándares pueden tener distinto origen, establecidos por instituciones públicas, semipúblicas y privadas<sup>77</sup>; así debe mencionarse que la Organización Internacional de Normalización (ISO en inglés) ha emprendido la tarea de desarrollar estándares internacionales en relación con la mitigación para instituciones, proyectos y productos, lo que se ha concretado con normas específicas<sup>78</sup> que incluyen prescripciones para la cuantificación y la declaración de las emisiones de GEI y de las reducciones de esas emisiones. Asimismo, estas normas ISO se ocupan de la huella de carbono, e indican los requisitos y guías para la cuantificación y las comunicaciones, todo ello sujeto a normas internacionales de evaluación del ciclo de vida para la cuantificación de las etiquetas y declaraciones ambientales para el público. La posibilidad de que se avance en un proceso de la mano de normas ISO es recomendable.

3) Incentivos de mercado: el Profesor Orrego brinda como ejemplos: “Los permisos de emisión transferibles, el pago de tasas, los depósitos financieros como garantía, la información al consumidor y otros esquemas deben destacarse especialmente a este respecto”<sup>79</sup>. La multiplicidad de instrumentos económicos

75 Propone una ‘competitividad sustentable’ (sustainable competitiveness), si bien el trabajo está enfocado en la compatibilidad entre Comercio Internacional desde la perspectiva de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Derecho Internacional Medioambiental, pensamos que son válidas para inversiones y Cambio Climático. ORREGO VICUÑA, Francisco. “Trade and environment: new issues under International Law” En: GÖTZ, V.; SELMER, P.; WOLFRUM, R. (ed.) *Liber amicorum Günther Jaenicke - Zum 85. Geburtstag* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg: Springer, 1998. p. 701-726.

76 Seguimos a COLLINS, David. *An introduction to International Investment Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017. p. 252-253.

77 Las normas ISO, siglas de la Organización Internacional de Normalización (ISO en inglés), son acuerdos documentados basados en el consenso de las partes interesadas, que contienen grupos de reglas técnicas que al utilizarse de manera sistemática construyen un sistema de garantía de calidad para asegurar los materiales, productos y servicios, como una forma también de tener mejores procesos de producción.

78 Las normas principales son las ISO 14064-1 (GHG emissions and removals for organizations – corporate level); ISO 14064-2 (GHG emissions and removals for organizations – project level); ISO 14064-3 (validation and verification of GHG statements); ISO 14065 (requirements for verification bodies); ISO 14066 (requirements for verifiers); ISO 14067 (GHG emissions of products). ISO. *Climate Change Mitigation*, 2019. Disponible en: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100271.pdf>. Revisado el: 13 mar. 2020.

79 La traducción nos pertenece., ORREGO VICUÑA, 1998, p. 725.

que pueden utilizar los Estados (que por el principio de ‘trato nacional’ deben estar disponibles para nacionales e inversores extranjeros) es diversa<sup>80</sup>. Los mercados de emisiones se presentan como una tendencia para reducir las emisiones de GEI al imponer un precio sobre los permisos de emisiones<sup>81</sup>. En igual sentido aquí se ubica el impuesto verde aprobado en 2014 por Chile mediante el artículo 8 de la ley 20.780, del año 2014<sup>82</sup>; otros incentivos pueden devenir de la creación de fondos de financiamiento para la adquisición de tecnologías más verdes.

De este modo, junto con la prevención de que las alternativas no se agotan en estas estrategias y que entre estas áreas del Derecho Internacional las soluciones pueden provenir del ámbito internacional, regional y nacional, rescatamos el valor del diálogo frente a un tema de tanta complejidad como resulta la lucha contra el Cambio Climático.

## 7 Conclusiones

Coincidimos con el Profesor Orrego cuando remarcaba a mediados de los noventa que la premisa de que algunos países pudieran atraer inversiones reduciendo a propósito sus exigencias ambientales es inexacta. No había en este plano un riesgo de un “race to the bottom”<sup>83</sup>.

Las propuestas en torno a la integración del Cambio Climático y las inversiones a partir del diseño de estrategias que puedan ser incluidas en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que permitan atraer inversiones que participen de la lucha contra el Cambio Climático, o que pasen por la implementación voluntaria de estándares internacionales por los inversionistas (presentes y los nuevos), o por la incorporación de incentivos de mercado por parte de los Estados, son todas opciones de cuyo éxito depende el cumplimiento de los pilares físicos y jurídicos que el Acuerdo de París propone.

En la medida que los Estados puedan anticiparse para asegurar la compatibilidad entre los compromisos que han asumido, por un lado, con los inversores (a través de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)) y, por otro lado, frente al régimen climático, más exitoso se presentará el período post Acuerdo de París.

En el caso de Chile, está demostrando que quiere avanzar en las medidas de mitigación y adaptación, que se espera se profundicen de la mano de la ley marco de Cambio Climático. La posibilidad que dicha área se enfrente con las inversiones se acrecienta. Por ello, la exploración de estrategias de armonización se hace imprescindible.

80 Destacamos el trabajo de SANTOS, PORTO y SAMPAIO quienes analizan tres instrumentos económicos de gestión ambiental (impuestos, sistemas de certificados negociables y pagos por servicios ambientales), y la experiencia brasileña al respecto. “SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antonio Jose Maristrello; SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. “Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas”. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017.

81 “En términos generales, un permiso brinda al tenedor el derecho a emitir una tonelada de GEI y se basa en el recorte de emisiones por sectores usualmente. Las empresas pueden reducir voluntariamente sus emisiones y venden sus permisos sobrantes, o si fallan en la reducción de emisiones, pueden comprar los permisos en mercado de carbono para tener la disponibilidad de emitir en sus procesos industriales”. LUCAS GARÍN, Andrea. “Cambio climático e instrumentos económicos: propuestas de regulación jurídica para un mercado de emisiones para Chile”. *Revista Universitas* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n. 137, jul./dic. 2018.

82 Remitimos al mismo texto, LUCAS GARIN, 2018.

83 ORREGO VICUÑA, Francisco. “Medio Ambiente y competitividad exportadora: un nuevo desafío para el derecho internacional del medio ambiente”. *Estudios Internacionales*, v. 28, n. 110, p. 251-259, 1995. p. 253.

## Referencias

- AAMODT, Solveig. “To be - or not to be- a low carbon economy: a decade of climate politics in Brazil”. In: BANG, Guri; UNDERDAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- ADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. “Brasil face os novos padrões de comercio e investimento dos acordos internacionais”. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.
- AERNI, Philipp; BOIE, Bertram; COTTIER, Thomas; HOLZER, Kateryna; JOST, Dannie Jost; KARAPINAR, Baris; MATTEOTTI, Sofya; NARTOVA, Olga; PAYOSOVA, Tetyana; RUBINI, Luca; SHINGAL, Anirudh; TEMMERMAN, Fitzgerald; XOPLAKI, Elena; BIGDELI. Sadeq “Climate Change and International Law: Exploring the Linkages between Human Rights, Environment, Trade and Investment”. *German Yearbook of International Law*, v. 53, p. 139-188, 2010.
- BANG, Guri; UNDERDAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- BENEVISTI, Eyal. “Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?”. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 45, 2018.
- BHAGWATI, Jagdish. *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs*. Discussion Paper Series No. 726, 1995. Disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8CN7BFM>. Revisado el: 07 feb. 2020.
- BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” En: BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (ed.). *International Investment Law*. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015. p. 1644-1675.
- CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. “Litigância climática como estratégia jurisdiccional ao aquecimento global antropogénico e mudancas climáticas”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.
- COLLINS, David. *An introduction to International Investment Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2018). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf). Revisado el: 07 feb. 2020.
- COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). “*Elgar Encyclopedia of International Economic Law*”. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 242.
- CRISTANI, Federica; POLANCO LAZO, Rodrigo. “International Investment Agreements concluded by Latin American Countries”. En: TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO LAZO, Rodrigo; TURRINI, Paolo (ed.). *International Investment Law in Latin America: Problems and Perspectives = Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 837-862.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.
- FUENTES TORRIJO, Ximena. “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional”. En: BARRAGUIRRE, Jorge; FUENTES TORRIJO, Ximena. *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*. CEPAL, LC/W.325. Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. p. 31-46.

- GALLEGOS ZUÑIGA, Jaime. “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”. *Revista Tribuna Internacional*, v. 5, n. 9, p. 29-51, 2016.
- GARCÍA, Frank J.; LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Introduction: Investment Law for the Twenty-First Century”. *Boston College Law Review*, v. 59, p. 2595-2605, 2018.
- GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “*Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing, 2011.
- HAFNER, S.; JAMES, O.; JONES, A. “A Scoping Review of Barriers to Investment in Climate Change Solutions”. *Sustainability*, v. 11, p. 3201, 2019.
- ISO. *Climate Change Mitigation*. 2019. Disponible en: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100271.pdf>. Revisado el: 13 mar. 2020.
- KURTZ, Jürgen. *The WTO and international investments law: converging systems*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MTD”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 32, n. 1, p. 79-88, 2005.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Cambio climático e instrumentos económicos: propuestas de regulación jurídica para un mercado de emisiones para Chile”, *Revista Vniversitas* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n. 137, jul./dic. 2018.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Más de una década de cambio climático en Chile: análisis de las políticas domésticas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 153, p. 587-625, sep./dic. 2018.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 195-226, sep./dic. 2019.
- MILES, Kate. “International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World”. *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008* (July 2, 2008). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1154588> Revisado el: 07 feb. 2020.
- MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.
- MONTT OYARZÚN, Santiago. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 16, p. 33-70, 2006.
- MOROSINI, Fabio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. “Regulacao do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 420-447, 2015.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. “Medio Ambiente y competitividad exportadora: un nuevo desafío para el derecho internacional del medio ambiente”. *Estudios Internacionales*, v. 28, n. 110, p. 251-259, 1995.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. “Trade and environment: new issues under International Law”. Em: GÖTZ, V.; SELMER, P.; WOLFRUM, R. (ed.) *Liber amicorum Günther Jaenicke - Zum 85. Geburtstag* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Heidelberg: Springer, 1998. p. 701-726.
- ORTINO, Federico. “Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case against Strict Proportionality Balancing”. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 71-91, 2017.

OSOFSKY, H. M.; PEEL, J.; McDONNELL, B. H.; FOERSTER, A. "Energy Re-Investment". *Indiana Law Journal*, v. 94, n. 2, Article 6, 2019.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Law in the 21st Century*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

POLANCO, Rodrigo. "Integrating Trade, Investment and Climate Change". En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren. (ed.) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017.

PUSHKAREVA, Elvira. "Environmentally Sound Economic Activity, International Law". En: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2015. p. 249.

ROBINSON, Nicholas A.; XI, Wang; HARMON, Lin; WEGMUELLER, Sarah (ed.). *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.

SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antonio Jose Maristrello; SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. "Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas". *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017.

SCHILL, Stephen W. "Do Investment Treaties chill unilateral State regulation to mitigate Climate Change?". *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 5, p. 469-477, 2007.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

STERN, Nicholas. *The economics of Climate Change. The Stern Review*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

SUBSECRETARIA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Medioambiente y Comercio*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/minisitio/medio-ambiente-y-comercio/> Revisado El: 08 feb. 2020.

TANZI, Attila. "On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 11, Issue 1, p. 47-76, 2016.

VADI, Valentina. Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. VAN AAKEN, Anne. "Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. United States of America: Cambridge University Press, 2012.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.