

El arbitraje como foro de resolución de controversias en los contenciosos relacionados con el cambio climático

Arbitration as a forum for dispute resolution and climate change disputes

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá*

Recibido: 19.07.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7191

Resumen: La sostenibilidad es el principal reto de la humanidad. En el momento actual de la historia, el reto de la sostenibilidad es una consecuencia directa de la actividad humana. Hacer frente a los desafíos, requiere acciones y costes, y la distribución de los costes es una cuestión política y discutible. Los litigios relacionados con el cambio climático ocupan ya numerosos tribunales estatales e internacionales, ¿pueden los tribunales de arbitraje desempeñar un papel en la resolución de este tipo de conflictos o similares?. El presente estudio tiene por objeto examinar el arbitraje como foro para resolver la controversia en un caso relacionado con el medio ambiente y el cambio climático que puede desempeñar la función de promover la conformidad con el Derecho internacional sobre el cambio climático. Esta cuestión surge del hecho de que el Derecho internacional del cambio climático ha entrado en una nueva fase, al tiempo que el número de litigios relacionados con el medio ambiente y el cambio climático ha aumentado últimamente. La falta de un mecanismo de aplicación de la ley en el marco del Acuerdo de París provocará nuevos problemas. El resultado de la investigación muestra que el arbitraje como uno de los medios de resolución de conflictos, se convierte en una solución alternativa para abordar esta cuestión. La flexibilidad procesal, los altos niveles de especialización de los árbitros y la posibilidad de ejecutar los laudos en prácticamente cualquier país del mundo en virtud de la Convención de Nueva York son algunos de los atributos del arbitraje que lo convierten en un método atractivo y eficaz para resolver conflictos derivados del cambio climático. Estas cualidades permiten a las partes en el arbitraje establecer las reglas que mejor se ajusten a las necesidades de su caso, desde el establecimiento de los plazos para la presentación de los memoriales de las partes hasta la creación de reglas para la presentación de pruebas, la solicitud de documentos y la participación en las audiencias. Además, las partes también desempeñan un papel fundamental en la designación de los árbitros, que son expertos en los asuntos en litigio y cuya formación y experiencia les permite comprender plenamente argumentos y pruebas altamente especializados y técnicamente complejos. El arbitraje tiene la función de crear previsibilidad y certidumbre, por lo que este foro podría servir para promover el cumplimiento de la legislación internacional sobre el cambio climático.

Palabras clave: Justicia climática, Acuerdo de París de 2015, arbitraje, controversias relacionadas con el cambio climático.

Abstract: Sustainability is the main challenge for humanity. At the current moment in history, the sustainability challenge is a direct consequence of human activity. Addressing challenges, requires action and costs, and the distribution of costs is a querulous, political issue. Climate change-related disputes already occupy numerous state and international courts, can arbitration tribunals play a role in

resolving such or similar disputes? This study aims to examine arbitration as a forum for dispute resolution in an environmental and climate change-related case that can play a role in promoting compliance with international climate change law. This question arises from the fact that international climate change law has entered a new phase, while the number of disputes related to the environment and climate change has recently increased. The lack of an enforcement mechanism under the Paris Agreement will lead to new problems. The research result shows that arbitration, as one of the means of dispute resolution, becomes an alternative solution to address this issue. Procedural flexibility, high levels of expertise among arbitrators and the ability to enforce awards in virtually any country in the world under the New York Convention are some of the attributes of arbitration that make it an attractive and effective method for resolving climate change disputes. These qualities allow parties to arbitration to set the rules that best suit the needs of their case, from setting the timing of the parties' briefs to creating rules for the presentation of evidence, the request for documents and participation in hearings. In addition, the parties also play a key role in the appointment of arbitrators, who are experts in the matters in dispute and whose training and experience enables them to fully understand highly specialised and technically complex arguments and evidence. Arbitration has the function of creating predictability and certainty, so this forum could serve to promote compliance with international climate change law.

Keywords: Climate change, climate justice 2015, Paris Agreement, arbitration, climate change disputes.

Sumario: I. Aproximación al contencioso climático. 1. Extensión y diversificación. 2. Diversidad de foros e insuficiencias de la justicia climática. II. Caracterización de la “controversia climática”. 1. Casuística y criterios clasificatorios. 2. Perspectiva jurisdiccional; A) Demandas contra gobiernos y organismos públicos; B) Demandas contra empresas. 2. Perspectiva arbitral: A) Arbitraje de protección de inversiones; B) Arbitrajes internacionales y comerciales. III. Elementos y manifestaciones del incremento de las soluciones arbitrales. 1. Potenciación del arbitraje tras la adopción del Acuerdo de París. 2. Realizaciones de los centros de arbitraje: A) Institucionalización del arbitraje vinculado al cambio climático; B) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales (2001); C) Informe del Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje en las Controversias Relacionadas con el Cambio Climático (2019). IV. Fortalezas del arbitraje internacional. 1. Inherentes a la institución. 2. Adaptaciones a la litigiosidad climática: A) Transparencia; B) Participación de terceros: *amicus curiae*; C) Especialización; D) Gestión de los costes. V. El arbitraje como foro adecuado para la consecución de la justicia climática.

I. Aproximación al contencioso climático

1. Extensión y diversificación

1. El cambio climático y sus efectos no conocen fronteras produciéndose en todo el mundo rápidos cambios en los patrones meteorológicos. Siendo el clima un bien público global que desafía la noción tradicional de soberanía territorial¹, constituye un recurso común y compartido que está tanto fuera como dentro de la jurisdicción de cada Estado. El desarrollo de marcos medioambientales generales, como el Acuerdo de París sobre el Clima de 2015, ha sentado las bases para abordar los problemas del cambio climático, pero su efectividad únicamente es posible mediante la comunicación y la cooperación entre los Estados. Estamos ante un problema global de preocupación también común para la humanidad² conformador del mayor reto al que ésta se ha enfrentado, cambiando la forma en que las comunidades, los gobiernos y las empresas interactúan entre sí y las controversias legales a las que se enfrentan. La construcción de un derecho fundamental a un clima estable³ constituye un reto crucial para

¹ N. SCHRIJVER, “The Changing Nature of State Sovereignty”, *British Yearb. Int'l L.*, vol. 70, n° 1, 1999, pp. 65–98,

² A.E. DESSLER, *Introduction to Modern Climate Change*, 3ª ed., Cambridge (NY), Cambridge University Press, 2022.

³ M. TORRE-SCHAUB, “La construction d’un droit fondamental à un climat stable: évolutions, difficultés et perspectives”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 74, n° 1 2022, pp. 71–85

la equidad, tanto intrageneracional como intergeneracional, que ofrece una oportunidad sin precedentes para demostrar el compromiso con los principios y la práctica del desarrollo sostenible⁴. Bien entendido que la raíz del problema es multifacética y requiere un enfoque transversal para encontrar soluciones prácticas y hacer frente a sus desafíos⁵, pues el cambio climático puede ser a la vez una preocupación y un problema internacional de enorme complejidad, que afecta a todo el mundo⁶.

Visto que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad, susceptible de afectar a las poblaciones trascendiendo las fronteras de los Estados, no es casual la existencia de un amplio catálogo de regímenes internacionales, regionales y nacionales reguladores de diversos aspectos del mismo. En gran medida, este marco normativo multinivel ha dado lugar a una especie de “ley climática”, o Derecho del cambio climático de carácter multidisciplinar⁷: Derecho nacional, regional e internacional, con el consiguiente incremento en los últimos años del número de leyes y reglamentos relacionados con el cambio climático y el medio ambiente, que ha sido paralelo al aumento tanto del número de pleitos medioambientales como del número de actores involucrados en tales litigios⁸. Sin embargo, con independencia de que las acciones climáticas se hayan convertido en el centro de la agenda política nacional e internacional, los marcos jurídicos nacionales e internacionales actualmente en vigor todavía están lejos de suministrar los mecanismos necesarios para resolver los nuevos tipos de controversias que pueden surgir y, en consecuencia, siguen existiendo importantes lagunas. Muchas cuestiones derivadas del cambio climático aún no están desarrolladas en el Derecho internacional⁹, en particular las que se refieren a la protección de recursos escasos que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto¹⁰. Aunque las diferentes instituciones concernidas están formulando respuestas, queda mucho por hacer para garantizar enfoques coherentes, eficaces y holísticos del problema, y falta una respuesta internacional coordinada. Baste atender al hecho de que el desarrollo sostenible sigue esperando su aplicación efectiva como concepto jurídico holístico en lo que respecta a abordar la relación entre el Derecho ambiental internacional y otros campos de este ordenamiento¹¹.

2. Las aportaciones de la ciencia jurídica hacia la “sostenibilidad” han pasado a un primer plano y se han institucionalizado, como ponen de manifiesto los discursos científicos y políticos que cada vez proliferan más en este sector. Dichas aportaciones comportan la reorientación y reestructuración de los procesos y acciones de la gobernanza global, implicando a múltiples actores. De su importancia habla por sí sola no sólo su repercusión en las vidas de los particulares, sino también de la forma de impartir

⁴ M.-C. CORDONIER SEGGER, “Intergenerational justice in the Paris Agreement on climate change”, *Intergenerational justice in sustainable development treaty implementation: advancing future generations rights through national institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 731–753.

⁵ Desde la perspectiva de una política criminal internacional adecuada a las conductas ilícitas causa del cambio climático vid. A. SPADA JIMÉNEZ, *Justicia climática y eficiencia procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

⁶ A. GIDDENS, “The Politics of Climate Change”, *Policy & Politics*, vol. 43, nº 2, 2015. Vid., asimismo, A. GIDDENS, *The Politics of Climate Change*, 2ª ed., Cambridge, Polity Press, 2011

⁷ Como se puso de manifiesto en el United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review* (mayo, 2017) “As an initial matter, courts and advocates may encounter questions of justiciability, including questions of standing and separation of powers principles. Once a court reaches the merits of justiciable claims, there are a broad range of potential sources of legal rights and obligations, including international law, constitutional law, common law, statutory or legislative law, and national policy. Finally, courts that find a valid legal basis for a claim and a violation of the law must still address the question of remedy. This section details the ways in which these issues arise at the different stages of climate change litigation”.

⁸ La Declaración de la *International Bar Association* sobre la crisis climática de 5 de mayo de 2020 advirtió que: “A global response to the climate crisis will undoubtedly give rise to increased disputes, with lawyers representing the legal interests and rights of all sides. Parties to these disputes will include states, corporations, communities, civil society organisations and individuals who are the most vulnerable to the impacts of the climate crisis. The legal profession must be prepared to play a leading role in maintaining and strengthening the rule of law and supporting responsible, enlightened governance in an era marked by a climate crisis”.

⁹ B. MAYER, *The International Law on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

¹⁰ A. SPAIN, “Beyond Adjudication: Resolving International Resource Disputes in an Era of Climate Change”, *Stanford Environmental L. J.*, vol. 30, 2011, pp. 343–390, esp. p. 359.

¹¹ C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Nijhoff, 2009.

justicia: téngase en cuenta que una decisión judicial puede evitar daños considerables e irreparables al medio ambiente y que incluso las acciones más pequeñas son susceptibles grandes consecuencias pues en función a la gravedad de las consecuencias del cambio climático y al gran riesgo de que se produzcan situaciones peligrosas, una decisión judicial puede establecer el deber del Estado de adoptar medidas de mitigación necesarias e, incluso, ordenar al Estado a limitar el volumen de las emisiones anuales de gases de efecto invernadero. Lo mismo acontece con el empleo de mecanismos de ADR¹² y, dentro de éstos, con el arbitraje internacional, surgidos en los últimos años como foros potenciales para dirimir las reclamaciones sobre el cambio climático, en forma de arbitrajes comerciales y de inversión inclusivas de cuestiones de derechos humanos y de Derecho medioambiental, evidenciando las posibilidades como un mecanismo atractivo para abordar mejor estos desafíos y resolver las controversias en este especial sector¹³.

El catálogo de controversias relacionadas con el cambio climático y la sostenibilidad que se han planteado hasta la fecha es muy amplio: nos hallamos ante un fenómeno global, en cuyo seno las cuestiones jurídicas atraviesan múltiples campos del Derecho y diversas causas de acción, involucrando una amplia gama de demandantes y demandados de múltiples sectores. Comprende este catálogo un conjunto muy amplio de asuntos suscitados ante organismos administrativos, judiciales y no judiciales que plantean cuestiones de derecho o de hecho en relación con la ciencia del cambio climático y los esfuerzos de mitigación y adaptación al mismo.

Sin duda, el estudio de esta conflictividad contribuye a esclarecer muchas de las complejidades jurídicas, éticas, científicas, económicas, sociales y de otro tipo del cambio climático¹⁴. La multiplicación de estos pleitos no es simplemente una cuestión vinculada al sector energético, aunque por razones obvias ese sector se ha convertido en un objetivo principal, presentándose en otros sectores que abarcan la banca y las finanzas, los fondos de pensiones y los gestores de activos, las compañías de seguros, los fabricantes y la agroindustria, por nombrar sólo algunos.

3. Aunque con evidente retraso, la comunidad internacional tomó por fin, conciencia de la necesidad de establecer un régimen universal de protección del medio ambiente que incluyese un enfoque holístico, lo cual comenzó a desarrollarse tras la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (“Convención de Río”, o “CMNUCC”, “UNCED”...) en vigor desde el 21 de marzo de 1994¹⁵ y, sobre todo, tras el Protocolo de Kioto de 1997¹⁶ que entró en vigor, después de varios años de incertidumbre, el 16 de febrero de 2005. Este instrumento permitió crear un complejo sistema de mecanismos internacionales como expresión del interés común en la lucha contra el cambio climático para cimentar ciertos principios de acción poniendo a prueba la confianza política entre los Estados, aunque el empeño en definir un marco jurídico quedó gran medida relegado para compromisos futuros¹⁷. También a partir de su invocación se puso en marcha una importante dimensión de conflictividad, que

¹² L. ELBOROUGH, “International climate change litigation: Limitations and possibilities for international adjudication and arbitration in addressing the challenge of climate change”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 21, 2017, pp. 89–131

¹³ L. GOUIFFLÈS y M. ORDOÑEZ, “Climate change in international arbitration, the next big thing?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 40, n° 2, 2022, pp. 203–224.

¹⁴ M. AVERILL, “Climate litigation: ethical implications and societal impacts”, *Denver Univ. L. Rev.*, vol. 85, n° 4, 2008, pp. 899–918.

¹⁵ P.H. SAND, “UNCED and the Development of International Environmental Law”, *Journal of natural resources and environmental law*, vol. 8, 1992–93, pp. 209–228; W. LANG y H. SCHALLY, “La Convention cadre sur les changements climatiques : un élément du bilan normatif du Sommet de la Terre: la CNUED”, *Rev. gen. dr. int. pub.*, vol. 97, n° 2, 1993, pp. 321–337; M. PALLEMAERTS, “International Environmental Law in the Age of Sustainable Development: A Critical Assessment of the UNCED Process”, *Journal of law and commerce*, vol. 15, n° 2, 1995–96, pp. 623–676

¹⁶ L. BOISSON DE CHAZOURNES, “La gestion de l’intérêt commun a l’épreuve des enjeux économiques: Le Protocole de Kyoto sur les Changements Climatiques”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 43, 1997, pp. 700–705; X. WANG y G. WISER, “The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and Its Kyoto Protocol”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 11, n° 2, pp. 181–198; S. MALJEAN-DUBOIS, “La mise en route du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 51, 2005, pp. 433–463.

¹⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, “The Climate Change Regime: Between a Rock and a Hard Place?”, *Fordham Environmental L. Rev.*, vol. 25, n° 3, 2014, pp. 625–651.

incluyó el arbitraje como uno de sus mecanismos más importantes¹⁸. Hubo que, esperar, sin embargo, a la consecución del Acuerdo de París para la consolidación de esta aspiración.

En 2015, se concluyó un Acuerdo histórico¹⁹, en el que se numerosos Estados se comprometieron a alcanzar el objetivo a largo plazo de “mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2° C respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5° C respecto a los niveles preindustriales”. El Acuerdo de París impulsó a todas las naciones firmantes en una causa común: la lucha contra el cambio climático y la adaptación e investigación de sus efectos, y con un mayor apoyo para ayudar a los países en desarrollo a hacerlo. Como tal, marcó un nuevo rumbo en el esfuerzo climático mundial, mostrando el creciente interés de la agenda pública por garantizar la protección del medio ambiente y los derechos humanos, e intensificó el debate sobre la responsabilidad social de las empresas en la consecución de este objetivo²⁰. A partir de este instrumento, el concepto de justicia climática ha sido ampliamente utilizado por los responsables políticos, especialmente de los países en desarrollo, así como por muchos movimientos de la sociedad civil²¹. La justicia climática se refiere sobre todo a los procedimientos ante los tribunales existentes o por crear a nivel internacional, basándose su contenido del Derecho internacional del medio ambiente y otras ramas del derecho como los derechos humanos. A diferencia del Protocolo de Kioto, en el Acuerdo de París: a) casi todos los países del mundo definieron sus objetivos nacionales de protección del clima y tras la incorporación a este instrumento los Estados están obligados por el Derecho internacional a tomar medidas para alcanzar los objetivos, b) los países menos favorecidos ha comenzado a recibir apoyo financiero y mediante la transferencia de conocimientos y tecnología para aplicar sus medidas de protección del clima; c) aumentó una suerte de “activismo climático” con el consiguiente aumento de demandas climáticas en distintas jurisdicciones

El marco de la economía verde, contenido en instrumentos como los descritos, pretende reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático. Existe un potencial significativo para presentar demandas contra los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales internacionales. De hecho, la amenaza de demandas de este tipo podría obligar a los Estados a hacer más de lo que han hecho hasta ahora. En particular, el Acuerdo de París allana el camino para unos ambiciosos compromisos de mitigación, adaptación y financiación del clima.

2. Diversidad de foros e insuficiencias de la justicia climática

4. A medida que la comunidad internacional ha ido abordando paulatinamente el problema del establecimiento de un marco legal para cambio climático, el incremento del número de litigios a nivel internacional, nacional y subnacional trajo consigo importantes herramientas jurídicas para el establecimiento de cauces en orden a su mitigación, si bien no todas las políticas ni todas las leyes nacionales son compatibles con los objetivos establecidos en el Acuerdo de París. Las acciones y regulaciones relacionadas con este fenómeno han prosperado drásticamente tras la entrada en vigor de este instrumento, como consecuencia de los desarrollos legislativos posteriores, las controversias relacionadas con el medio ambiente están en aumento y también lo estarán los arbitrajes comerciales sobre disputas climáticas.

Aumentan cada vez hay las controversias climáticas contra Estados y empresas, sin embargo la litigación no debe ser la única vía afrontar el cambio climático ni siempre es la mejor opción para

¹⁸ C. BROWN, “The Settlement of Disputes arising in Flexibility Mechanism Transactions under the Kyoto Protocol”, *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 3, 2005, pp. 361–389; *id.*, “International, Mixed, and Private Disputes Arising Under the Kyoto Protocol”, *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 447–473.

¹⁹ Y. KERBRAT, S. MALJEA–DUBOIS y M. WEMAËRE, “Conférence internationale de Paris sur le climat en décembre 2015: comment construire un accord évolutif dans les temps?”, *Journ. dr. int.*, vol. 142, n° 4, 2015, pp. 1115–1130; D. KLEIN, M.P. CARAZO, M. DOELLE, J. BULMER y A. HIGHAM (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

²⁰ G. DE LASSUS ST–GENIÈS, “L'Accord de Paris sur le climat: quelques éléments de décryptage”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 28, n° 2, 2015, pp. 27–51; A.–S. TABAU, “Évaluation de l'Accord de Paris sur le climat à l'aune d'une norme globale de transparence”, *Revue juridique de l'environnement*, vol. 41, n° 1, 2016, p. 56–70.

²¹ A. MICHELOT, “La justice climatique et l'Accord de Paris sur le climat”, *Revue juridique de l'environnement*, vol. 41, n° 1, 2016, pp. 71–79

hacerlo. Baste atender a que: a) combatir el cambio climático tiene muchos obstáculos bien conocidos, como las barreras para acceder a la justicia, las dificultades para utilizar las pruebas según el estado de la ciencia, o a la actitud timorata de muchos tribunales cuando se enfrentan a cuestiones políticas contenciosas; b) aunque las empresas incurran en gastos legales y administrativos derivados del litigio o en multas que puedan devenir de una resolución judicial o arbitral que les impute responsabilidad, pueden quedar compensadas con relación a los beneficios que depara su actividad contraria al clima o, c) cualquier tipo de litigio requiere tiempo e implica el riesgo de terminar con una resolución no favorable o con una reparación buscada de limitado contenido. En definitiva, el contencioso debe considerarse no una solución en sí misma, sino una de las herramientas de la gobernanza climática disponibles, junto a otras, como el respecto a los códigos de conducta que se fijen en ese cometido o la efectividad de las políticas para la mitigación y adaptación al cambio climático basadas en el consenso de una determinada comprensión científica. La exclusividad de las acciones basadas en el pleito, sin atender a otras medidas, disminuye las posibilidades de frenar al cambio climático desde la perspectiva de la seguridad humana.

5. Sentado lo anterior, no puede desconocerse que el contencioso sigue mostrando cierta eficacia como evidencia el hecho de que los litigios en este sector siguen progresando, diversificándose y extendiéndose a un número cada vez mayor de jurisdicciones y áreas del Derecho, mostrando también una perspectiva multinivel²². En ausencia de instrumentos internacionales de contenido global para abordar el calentamiento global, estos litigios se presentan como una vía alternativa para abordar los efectos del cambio climático.

- i) A nivel nacional, los demandantes han recurrido al Derecho de daños, al Derecho administrativo o a motivos basados en incumplimiento del Derecho constitucional. Los movimientos ecologistas y los individuos y grupos afectados han aceptado el reto y han presentado acciones relacionadas con el cambio climático ante los tribunales, dirigiéndose las demandas a los gobiernos que no responden a sus pretensiones de los reclamantes o a las empresas que son grandes emisoras de gases de efecto invernadero, pero no todas las controversias suscitadas se han visto acompañadas por el éxito, si se comprueban, por ejemplo, los resultados de las demandas por de daños y perjuicios en contra importantes empresas contaminantes, o las interpuestas contra de gobiernos²³.
- ii) Los litigios medioambientales también se han presentado ante diversos foros internacionales²⁴, como la Corte Internacional de Justicia²⁵, el Tribunal Internacional del Derecho

²² H.M. OSOFSKY, “Is Climate Change ‘International’? Litigation’s Diagonal Regulatory Role”, *Virginia J. Int’l L.*, vol. 49, 2009, pp. 587–650; H.M. OSOFSKY y J. PEEL, “The Role of Litigation in Multilevel Climate Change Governance: Possibilities for a Lower Carbon Future?”, *Environmental and Planning Law Journal*, vol. 30, n° 4, 2013, pp. 303–328; W. KAHL y M.P. WELLER (eds.), *Climate change litigation: a handbook*, Múnich– Oxford – Baden–Baden, Nomos, 2021.

²³ A lo largo de la última década se ha producido un fuerte aumento de la jurisprudencia relacionada con el cambio climático en diferentes jurisdicciones, tanto regionales como nacionales. La mayoría de los aproximadamente 1.500 casos identificados como litigios sobre el clima por el *Sabin Center for Climate Change Law* se han presentado en Estados Unidos (más del 75%),⁴⁵ seguido de Australia, la Unión Europea y el Reino Unido. Vid. J. SETZER y R. BYRNES, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2019 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science 2019.

²⁴ Vid., R. VERHEYEN y C. ZENGERLING, “International Climate Change Cases”, *Climate Change: International Law and Global Governance*, vol. I, *Legal Responses and Global Responsibility* (O.C. RUPPEL, CH. ROSCHMANN, K. RUPPEL–SCHLICHTING, eds.), Nomos Verlagsgesellschaft mbH. 2013, pp. 759–804.

²⁵ El examen de las decisiones emanadas de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) apuntan a la posibilidad de desarrollar potencialmente el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados para hacer frente al cambio climático, aunque no existan garantías apreciables dado el escaso desarrollo de las obligaciones internacionales fundamentales. Resulta significativo que la utilización del recurso a los derechos humanos internacionales podría tener beneficios tangibles, especialmente la afirmación de las dimensiones de los derechos humanos de las cuestiones climáticas en las esferas del comercio y la inversión. T. STEPHENS, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2009; M. WEWERINKE–SINGH, J. AGUON y J. HUNTER, “Bringing Climate Change before the International Court of Justice: Prospects for Contentious Cases and Advisory Opinions”, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, op. cit., pp. 393–414.

del Mar²⁶, o los tribunales regionales o de derechos humanos²⁷. Por último, ocupa también un lugar destacado la posibilidad de que las políticas y medidas climáticas nacionales den lugar a controversias entre Estados e inversores extranjeros, y la posible invocación de las disposiciones de arbitraje entre inversores y Estados.

- iii) La crisis climática ha llegado al epicentro de la agenda política mundial y la UE aspira a tener un papel destacado en los esfuerzos para hacer frente al calentamiento global. Junto con la acción climática de la UE, el número de casos judiciales relacionados con el clima en el panorama europeo, tanto a nivel regional como nacional, aumenta constantemente. Baste atender a que los tribunales europeos, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, se enfrentan continuamente a una marea creciente de casos de litigios climáticos, con diferentes respuestas²⁸. Aunque se pueden observar patrones similares e incluso referencias cruzadas explícitas entre casos de diferentes jurisdicciones, los litigios sobre el cambio climático siguen siendo un fenómeno heterogéneo²⁹. Pese a ello, los litigios sobre el cambio climático son un valioso complemento de otras iniciativas legislativas y políticas porque fomentan la necesaria interacción entre los niveles de gobierno y los distintos periodos de tiempo³⁰.
- iv) Hay una serie de posibles controversias susceptibles de aparecer en relación con el régimen del cambio climático. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, las vinculadas a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CMNUCC y el Protocolo de Kioto, así como de los nuevos instrumentos adoptados con posterioridad. Estas controversias se refieren mayoritariamente a los compromisos de reducción de emisiones, pero se entienden con frecuencia hacia el alcance y cumplimiento de las obligaciones de financiación, transferencia de tecnología y adaptación. En virtud de las actuales disposiciones de solución de controversias aplicables en la CMNUCC y el Protocolo de Kioto, tales controversias podrían plantearse ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), o en procedimientos de arbitraje o conciliación, que son el objeto del presente estudio. Ni que decir tiene que la experiencia de la Unión Europea ya ha demostrado el posible papel de los tribunales regionales (y de los tribunales nacionales) en los litigios relativos al comercio de emisiones, incluidos los litigios entre los Estados miembros y las instituciones supranacionales.

6. Con independencia del incremento de las decisiones en los litigios internacionales en este sector su valoración conjunta no apunta hacia una solución eficiente de la justicia climática, aunque deben descartarse determinadas posiciones negacionistas radicales. En efecto, con independencia de la justicia de resultado muchas las decisiones judiciales y arbitrales, han servido para fomentar el diálogo entre los actores implicados y ponen de manifiesto las lagunas de la gobernanza acerca de sobre cómo reformar de forma constructiva los regímenes de clima, comercio e inversión. Además, su multiplicación³¹ ha

²⁶ M. DOELLE, "Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention", *Ocean development and international law: the journal of marine affairs*, vo. 37, nos. 3-4, 2007, pp. 319-337.

²⁷ A. SILVERMAN, "Energy Justice. The Intersection of Human Rights and Climate justice", *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. Duyck, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018

²⁸ En el ámbito de la Unión Europea (UE), La STJ 25 de marzo de 2021, as. C-565: *Carvalho y otros* (ECLI:UE:C:2021:252), desestimó el llamado "caso del Clima de los Pueblos", una acción judicial interpuesta en 2018 por diez familias de países europeos y no europeos que solicitaban la anulación del paquete legislativo europeo de 2018 y una orden del tribunal a las instituciones de la UE para que establecieran objetivos más estrictos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El TJUE confirmó en apelación la decisión del Tribunal General de la Unión Europea de 8 de mayo de 2018, declarando inadmisibile la demanda, ya que los demandantes no estaban directa e individualmente afectados por la legislación que pretendían anular.

²⁹ Los litigios en el ámbito del cambio climático se basan en última instancia en las condiciones jurídicas nacionales. Mientras que casos como el alemán *Lliuya v. RWE* (2017) no implican a actores estatales, tienen una base jurídica específica y pretenden ofrecer una reparación por los daños causados por el cambio climático, los litigios como el caso relativo a la deforestación en la Amazonia colombiana (2018), o el de *Juliana v. United States of America* (2016) sí implican a actores estatales, se basan en conceptos jurídicos bastante más amplios y pretenden crear o hacer cumplir obligaciones de adoptar medidas preventivas (E.A. LLOYD y T.G. SHEPHERD, "Climate Change Attribution and Legal Contexts: Evidence and the Role of Storylines". *Climatic Change*, 2021, pp. 167 ss.

³⁰ M. OSOFSKY, "The Continuing Importance of Climate Change Litigation", *Climate Law*, vol. I, n° 1, 2010, pp. 3-29.

³¹ *Vid.* Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020 del PNUMA. Este documento ofrece un resumen

tenido el mérito de contribuir a mitigar, prevenir o adaptarse a las alteraciones climáticas, utilizando las instancias de Derecho público o de Derecho privado existentes para establecer nuevas demandas judiciales centradas en el impacto del cambio climático.

En este escenario los litigios sobre el clima constituyen una valiosa herramienta que puede utilizarse para dar forma a la política climática y buscar reparación de los daños relacionados con el clima³². Ahora bien, el éxito de los litigios nacionales e internacionales sobre el cambio climático dependerá también de la voluntad de los tribunales de importar los principios del Derecho internacional del medio ambiente al Derecho interno o de informar la interpretación de este último con los principios jurídicos internacionales³³.

II. Caracterización de la “controversia climática”

1. Casuística y criterios clasificatorios

7. Apreciado en un sentido amplio el término “controversia climática” abarca todas las alternativas legales para reaccionar ante los comportamientos relacionados con el clima³⁴ y su objetivo esencial es compensar las pérdidas y los daños derivados de los efectos del cambio climático. Por su propia naturaleza, estas controversias incorporan un elemento de interés público y pueden requerir la divulgación de cierta información al público en general, aunque si en el caso del arbitraje de inversiones, la aceptación de dicha divulgación es cada vez mayor, la situación es menos clara en el arbitraje comercial.

Habida cuenta que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad y puede afectar a las poblaciones con independencia de las fronteras estatales, un complejo de regímenes rige varios aspectos del mismo. En gran medida, varias instituciones están reconociendo los vínculos entre la mitigación del clima y la promoción de las inversiones extranjeras directas y están empezando a formular respuestas; y esta evolución es alentadora. ¿Qué efecto puede tener el Derecho internacional de las inversiones en los actuales esfuerzos por mitigar el cambio climático? La respuesta a esta pregunta posee un doble carácter. Por un lado, el Derecho internacional de las inversiones y el arbitraje puede aportar un efecto positivo, fomentando las inversiones en tecnologías renovables e impidiendo que los

general del estado actual de los litigios sobre el cambio climático en todo el mundo, así como una evaluación de las tendencias mundiales en torno a este tipo de litigios. Uno de los hallazgos principales del informe es el rápido aumento de los litigios climáticos que se ha producido en todo el mundo. En 2017, el número total de casos que se habían presentado era de 884 en 24 países mientras que, al 1 de julio de 2020, el número de casos se había duplicado prácticamente, con al menos 1.550 casos de cambio climático presentados en 38 países [<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

³² Según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “El estado del litigio en materia de cambio climático – una revisión global” (mayo 2017), p. 8: “Se puede sostener que la litigación es, como nunca, una herramienta fundamental para impulsar a los responsables de formular políticas y actores del mercado a diseñar y aplicar políticas como medio efectivo de mitigación y adaptación ante el cambio climático” (...) “La litigación también permite articular de qué forma compromisos declarados para defender derechos particulares deben traducirse en medidas, sin importar la dirección cambiante de los vientos políticos en el ámbito nacional o internacional”. Vid. M. AVERILL, “Linking Climate Litigation and Human Rights”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 18, n° 2, 2009, pp. 139–147.

³³ S. JODOIN, R. FAUCHER y K. LOFTS, “Look before you jump Assessing the potential influence of the human rights bandwagon on domestic climate policy”, *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. Duyck, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018

³⁴ El Informe de la CCI de 2019 define una controversia relacionada con el cambio climático como “cualquier controversia que surja o esté relacionada con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”. De esta definición se desprende que una controversia sobre el cambio climático es un concepto amplio. Según el informe, las partes de una controversia de este tipo pueden ser muy diversas e incluirán a partes privadas en el marco de contratos comerciales generales. Desde esta perspectiva, cabe clasificar las controversias “relacionadas con el cambio climático” en tres grupos: a) “controversias directas” que implican cuestiones puramente relacionadas con el cambio climático; b) “controversias indirectas” que incluyen todo tipo de contratos que dan lugar a cuestiones medioambientales y de cambio climático; y c) “acuerdos de sumisión”, controversias en las que una persona que no es parte del contrato inicia un arbitraje porque se ve afectada por las acciones de una de las partes. Vid. *infra*, n° 24. Vid. asimismo, K. BOUWER, “The Unsexy Future of Climate Change Litigation”, *Journal of Environmental Law*, vol. 30, n° 3, 2018, pp. 483–506.

gobiernos se retracten de compromisos anteriores. Por otro lado, el Derecho internacional de las inversiones y las modalidades de arbitraje que incorpora puede tener un efecto negativo en la mitigación del clima, especialmente si el Estado adopta una normativa medioambiental más estricta, que puede afectar a las inversiones en el sector energético. De hecho, los inversores extranjeros pueden impugnar dichas medidas reguladoras ante los tribunales de arbitraje alegando que violan las disposiciones de los tratados de inversión.

8. El término *climate change litigation* es una forma simplificada de referirse a las diferentes demandas relacionadas con cuestiones relacionadas con el cambio climático dirigidas contra empresas públicas y privadas, gobiernos federales o regionales, municipios y aseguradoras, aunque el cambio climático no siempre haya sido un tema central en los litigios ambientales. En efecto, el cambio climático no siempre es el tema central de los litigios medioambientales, incluso cuando se plantea de forma periférica, cada vez se pide más a los jueces que se ocupen de argumentos y hechos relacionados con dicho cambio y la ciencia del clima que antes no se presentaban ante los tribunales.

Si bien pueden observarse elementos comunes e incluso referencias cruzadas explícitas entre casos de diferentes jurisdicciones, los litigios sobre el cambio climático siguen siendo un fenómeno heterogéneo. Una visión general de las reclamaciones climáticas, entendidas como aquéllas cuyo objetivo es la promoción de medidas de protección del clima o la compensación de daños relacionados con éste, ha mostrado que las reclamaciones contra las empresas ofrecen diferencias fundamentales en comparación con las reclamaciones contra el Estado³⁵. A la hora de clasificar los objetivos de las reclamaciones, se pueden identificar las correspondientes controversias, esencialmente de carácter técnico, incoadas contra la Administración o contra las empresas, bien ante los tribunales nacionales o internacionales, o en el marco del arbitraje de protección de inversiones. Por último, existen litigios susceptibles de implicar a actores no estatales. De hecho, ya han surgido una serie de litigios relacionadas con el Protocolo de Kioto en las que están implicados Estados, instituciones supranacionales y partes privadas, en particular a raíz del establecimiento y funcionamiento de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, como litigios contractuales o de otro tipo que podrían abordarse mediante el arbitraje u otros procesos de resolución de disputas³⁶. Las ONG desempeñan un papel innegablemente crítico en los litigios sobre el clima, aunque el coste de un litigio complicado, científico y extenso acostumbra a estar muy por encima de las capacidades económicas limitándose muchas veces a solicitar fondos a la ciudadanía para entablar litigios contra empresas o gobiernos, haciendo que los actores rindan cuentas al servicio del bien común³⁷.

2. Perspectiva jurisdiccional

A) Demandas contra gobiernos y organismos públicos

9. Gran parte de los litigios sobre el cambio climático tienen su origen en demandas contra gobiernos y organismos públicos para evitar que los gobiernos eludan o debiliten la legislación ambiental existente. Entre las acciones interpuestas por ciudadanos contra la Administración que impugnan la inadecuación de las políticas climáticas y el impacto medioambiental de los proyectos de desarrollo³⁸ se encuentran, de un lado, las acciones derivadas de la inacción de la administración por los perjuicios climáti-

³⁵ M. BROBERG y B. MARTINEZ ROMERA, eds., *The third pillar of international climate change policy: on 'loss and damage' after the Paris Agreement*, Londres, Routledge, 2021

³⁶ C. STRECK y J. LIN, "Making Markets Work: A Review of CDM Performance and the Need for Reform", *Eur. J. Int'l L.*, vol. 19, n° 2, 2008, pp. 409-442.

³⁷ *Vid.*, v. gr., M. SCOPPELLITI, *Non-governmental actors in international climate change law: the case of Arctic Indigenous peoples*, New York, Routledge, Milton Park, Abingdon, Oxon, 2022.

³⁸ United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation...*, *loc. cit.*, p. 10. *Vid.* A. MAGNUSON, "Climate Disputes and Sustainable Development: Bridging the enforceability gap", *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Publishing, 2018, p. 398.

cos ocasionados por determinadas entidades de carácter privado y, de otro lado, aquellas que persiguen la adopción de medidas reglamentarias, *v.gr.*, contra los emisores de gases de efecto invernadero a través del poder ejecutivo, o a promulgar leyes con los correspondientes objetivos de protección del clima a través del poder legislativo³⁹. Como regla general, el objetivo de estas demandas será en unos casos obligar al Estado a abstenerse de actuar, y, en otros casos, obligarle a cumplir sus compromisos legales y políticos en materia de cambio climático tras determinarse su responsabilidad por determinadas actuaciones en la adaptación al clima. Muchos de estos casos provocan, por su gran repercusión, complejas cuestiones relacionadas con el Derecho constitucional o con los derechos humanos⁴⁰ y en ocasiones sirven para estimular la acción gubernamental o impugnar los fracasos de los gobiernos en materia de cambio climático⁴¹.

Junto a estos litigios se encuentran las controversias que tienen como objeto la rendición de cuentas por los cuando no hayan actuado de manera coherente con su parcela de responsabilidad global para mitigar y/o adaptarse al cambio climático y están relacionadas directamente con la violación de las disposiciones de un acuerdo internacional sobre el clima como consecuencia de una determinada actuación de la Administración. En esos supuestos el cambio climático es el centro de la cuestión controvertida, por ejemplo, en las transacciones que implican proyectos de energía renovable o tecnologías de mitigación del cambio climático.

Las acciones que ponen en marcha estas controversias pueden: a) suscitar argumentos basados en derechos humanos o derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; b) impugnar procedimientos de evaluación ambiental o de concesión de licencias; o, c) denunciar el incumplimiento de obligaciones internacionales⁴². Por ejemplo en España un eventual litigio climático podría ponerse en marcha a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2º CE y arts. 32 ss Ley 40/2005 de Régimen Jurídico del Sector Público)⁴³.

En 2018, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC)⁴⁴ advirtió que se necesitarían cambios significativos para evitar los peores efectos de referido cambio. El Informe

³⁹ Es España al margen de la necesidad de serias reformas de carácter procesal se cuenta con algunas reclamaciones judiciales que podrían incardinarse en la categoría de “litigios climáticos” frente a los poderes públicos. *Vid.* F.L. LÓPEZ BUSTOS, “Cambio climático en España: análisis normativo e instrumentos de actuación”, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas* (N. CASTELLÓ NICÁS, dir.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 154–230; S. BORRÁS PENTINAT, “Los litigios climáticos: entre la tutela climática y la fiscalización de las responsabilidades por daños ambientales” *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro* (R. GILES CARNERO, coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2012; B. SORO MATEO, “Reflexiones sobre la hipótesis de un recurso climático en España”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 37, 2020.

⁴⁰ N. CHALIFOUR, H. MCLEOD–KILMURRAY y L.M. COLLINS, “Climate change. Human rights and private remedies”, *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. DUYCK, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018; F. BISALBUTR, “The Potential Impact of Climate Change Litigation on Government Policy”, *Notre Dame J. Int’l & Comp. L.*, vol. 11, nº 2, 2021, p. 272–293.

⁴¹ D. BODANSKY, “The role of the international court of justice in addressing Climate Change: Some preliminary reflections”, *Arizona State L. J.*, vol 49, 2017, pp. 689–712.

⁴² El caso de la *Stockholm Chamber of Commerce* nº 121/2014 contempló la situación de un proyecto que pretendía aplicar el mecanismo de aplicación conjunta en el marco del Protocolo de Kioto, que permite a los países industrializados cumplir con parte de sus emisiones de gases de efecto invernadero financiando proyectos de reducción de emisiones en otros países. El litigio surgió a raíz de la retirada del Protocolo por parte del Estado anfitrión del demandante, argumentando este último que esta situación representaba una falta de de aprobación del país anfitrión y, por tanto, el proyecto no podía llevarse a cabo. *Cf.* S.D. ANDRINA, “Green Technology Disputes in Stockholm” (2019), p. [<https://sccinstitute.com/media/1059447/green-technology-disputes-in-stockholm.pdf>].

⁴³ A. NOGUEIRA LÓPEZ, “Responsabilidad por daños ambientales”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (T. QUINTANA LÓPEZ, dir. y A. CASARES MARCOS, coord.), 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blach, 2013, pp. 1225–1260; B. SORO MATEO, “Reflexiones sobre la hipótesis de un recurso climático...”, *loc. cit.*

⁴⁴ El IPCC fue creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente con la misión de elaborar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM y desde el inicio de su labor ha preparado seis informes de evaluación. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM. Finalizó en febrero la segunda parte de su “Sixth Assessment Report, Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, the Working Group II contribution” [<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>]. It was finalized on 27 February 2022 during the 12th Session of Working Group II and 55th Session of the IPCC>].

elaborado al efecto⁴⁵ predecía que estas transiciones darían lugar tanto a nuevas inversiones como a nuevos litigios y se ocupó de determinar que los numeros litigios relacionados se extienden a cualquier controversia que surja o esté relacionado con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático determinados por la CMNUCC.

10. El bloque esencial de los litigios sobre el cambio climático está referido a reclamaciones contra los gobiernos. No es casualidad que muchos de los crecientes litigios relacionados con el clima, duplicados desde 2017, sean contra gobiernos.

Los demandantes han tenido éxito en ciertos casos emblemáticos que citamos únicamente a título de ejemplo:

- i) El caso de la Fundación *Urgenda contra Países Bajos* fue el primer litigio en el que los ciudadanos establecieron que su gobierno tenía el deber legal de prevenir los peligros del cambio climático. Dicha entidad inició un procedimiento judicial contra los Países Bajos en noviembre de 2013 alegando que ese Estado estaba contribuyendo negativamente a los peligrosos efectos del cambio climático y que las emisiones holandesas eran ilegales porque violaban el deber de cuidado del Estado, según el Derecho Civil de los Países Bajos y los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El 24 de junio de 2015, el Tribunal de Distrito concluyó que el Estado debía limitar el volumen combinado de las emisiones anuales de gases de efecto invernadero de los Países Bajos o hacer que se limitasen, de suerte que fueran reduciéndose en al menos un 25% a finales de 2020 en comparación con el nivel en que se encontraban en 1990. La sentencia fue recurrida, pero finalmente fue confirmada por el Tribunal Supremo holandés, que afirmó que el gobierno había incumplido su deber de diligencia en virtud de los arts. 2 y 8 del CEDH⁴⁶.
- ii) En el caso *Commune de Grande-Synthe contra Francia*, el Consejo de Estado (dictaminó que el Gobierno francés no había tomado medidas suficientes para mitigar el cambio climático y le ordenó que adoptara medidas adicionales para hacer frente a ese incumplimiento⁴⁷;
- iii) En la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán) en el caso *Neubauer y otros contra Alemania*, una serie de jóvenes alemanes junto con organizaciones no gubernamentales impugnaron la constitucionalidad de la Ley Federal de Protección del Clima (*Klimaschutzgesetz*) de 2013, que sería modificada posteriormente en 2019⁴⁸.

⁴⁵ IPCC, Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, Ginebra, World Meteorological Organization, 2018

⁴⁶ Supreme Court of the Netherlands, ECLI:NL:HR:2019:2007 párrafos 2.2.1, 2.2.2, 2.3.1 (2020). [<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>]. Vid. A.-S. TABAU y C. CURNIL, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas)”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2015, n° 4, pp. 672–693. R. COX, “A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 143–163. Vid. A.-S. TABAU y C. CURNIL, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas)”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2015, n° 4, pp. 672–693. R. COX, “A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 143–163.

⁴⁷ En Francia, el 1 de julio de 2021, el más alto Tribunal Administrativo (*Conseil d’État*) emitió una sentencia histórica en el caso *Grande-Synthe*, dando al gobierno nueve meses para adoptar todas las medidas necesarias para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero producidas en el territorio nacional para garantizar que cumple con sus objetivos climáticos nacionales en el marco del Acuerdo de París [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190123_Not-Yet-Available_press-release-1.pdf].

⁴⁸ En Alemania, una demanda presentada por jóvenes activistas medioambientales ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional Federal del país dictamine, el 24 de marzo de 2021, que la Ley Federal de Cambio Climático de Alemania de 2019 es incompatible con los derechos fundamentales porque deja gran parte de la carga de la reducción de emisiones para los años posteriores a 2030. Vid. L.J. KOTZÉ, “Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?”, *German L. J.*, vol. 22, n° 8, 2021, pp. 1423–1444

A diferencia de estos casos suscitados Europa continental, los demandantes han tenido menos éxito en los casos relacionados con el cambio climático que se han presentado contra los gobiernos de EE UU⁴⁹, y el Reino Unido⁵⁰.

Algunos gobiernos han sido demandados por hacer muy poco en respuesta a la crisis climática. Otros han sido demandados por lo que se puede caracterizar como hacer demasiado, especialmente en virtud de los tratados de inversión. Por último, un tercer grupo ha sido demandado, en este caso en el marco de los tratados de inversión, por dar marcha atrás en las medidas destinadas en última instancia a combatir el cambio climático.

11. En julio de 2014, la *International Bar Association* publicó el informe del Grupo de Trabajo, “Lograr la justicia y los derechos humanos en una era de alteraciones climáticas”⁵¹, un estudio crítico y exhaustivo que utilizó una perspectiva centrada en la justicia, las oportunidades de reformas jurídicas, reglamentarias e institucionales a nivel multilateral, estatal, empresarial e individual para mejorar la mitigación y la adaptación al cambio climático. Con posterioridad, en 2020, el Grupo de Trabajo de la IBA recomendó que se considerara un modelo de estatuto que “describiera los derechos y recursos legales con respecto al cambio climático, incluyendo medidas cautelares para mitigar o prevenir amenazas actuales o futuras, medidas declarativas y revisión judicial”⁵². Sus objetivos esenciales fueron dos. En primer lugar, identificar los precedentes judiciales y los fundamentos que, si se aplicaran a las reclamaciones climáticas, permitirían a los amenazados por los impactos del cambio climático acceder efectivamente a sus tribunales nacionales y, en segundo término, identificar las medidas ya utilizadas por los jueces en asuntos medioambientales en algunos países o en otros tipos de casos que podrían ser útiles o adaptables por los jueces que atienden las demandas climáticas en otros países. Tras sistematizar los obstáculos legales identificados el Estatuto modelo sugiere un camino para que los individuos y las comunidades puedan acceder a sus tribunales para impugnar la acción o inacción del gobierno en materia de cambio climático. Se centra, a tal efecto: a) en las acciones contra los actores gubernamentales para llevar a cabo la mitigación y adaptación al cambio climático, como las regulaciones para reducir las emisiones de GEI y/o promover la adaptación a los efectos del cambio climático y b) medidas de marcado carácter procesal: de legitimación de los demandantes, las pruebas, las defensas permitidas y los recursos y costes disponibles, aunque la técnica utilizada es la ofrecer “opciones” y no una regulación sistemática.

En caso de ser adoptado, el Estatuto Modelo, en parte o en su totalidad, ayudaría a las personas afectadas por el cambio climático a pedir a sus tribunales que examinen los esfuerzos de su gobierno para hacer frente al cambio climático y, si los tribunales lo consideran apropiado en virtud de la legislación nacional o subnacional pertinente, a exigir al gobierno que inicie o adopte nuevas medidas. Para

⁴⁹ En el caso *Juliana contra EE UU*, 21 jóvenes y las organizaciones *Earth Guardians* y *Future Generations* alegaron que, al mantener un sistema energético nacional alimentado por combustibles fósiles mucho tiempo después de saber que contribuye al cambio climático, el gobierno estadounidense estaba violando sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad. Sobre esta base, solicitaron una orden para que el Gobierno Federal de EE UU elaborara un plan de reparación para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito denegó la solicitud, sosteniendo (por mayoría) que “cualquier plan eficaz requeriría necesariamente una serie de complejas decisiones políticas confiadas a la sabiduría y la discreción de los poderes ejecutivo y legislativo”. *Vid.* M. POWERS, “Juliana v United States. The next frontier in US climate mitigation?”, *Rev. Eur. Comp. and Int'l Environmental L.*, vol. 27, nº 2, 2018, pp. 199–204.

⁵⁰ En el caso del Tribunal Supremo del Reino Unido R (*Friends of the Earth Ltd y otros contra Heathrow Airport Ltd* (2020)), los demandantes intentaron bloquear la ampliación del aeropuerto de Heathrow. Argumentaron que la ampliación era incompatible con los objetivos climáticos del gobierno, pero el tribunal sostuvo, entre otras cosas, que el mero anuncio de dichos objetivos no constituía una “política gubernamental” a efectos de la legislación urbanística pertinente. *Vid.* D. IRVINE, L. BUD, S. ISON y G. KITCHING, “The environmental effects of peak hour air traffic congestion: The case of London Heathrow Airport”, *Research in Transportation Economics*, vol. 55, June 2016, pp. 67–73.

⁵¹ [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>]

⁵² Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change: An International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, February 2020 [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=47ae6064-9a61-42f6-ac9e-4f7e1b5b4e7b>]. Se basa en los éxitos recientes y en el razonamiento judicial para destacar el papel de los tribunales a la hora de establecer remedios que puedan exigir a los gobiernos que protejan al público. *Vid.* D. ESTRIN y P. GALVAO FERREIRA, “Advancing Climate Justice: The New IBA Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change” [https://www.researchgate.net/publication/349621697_Advancing_Climate_Justice_the_New_IBA_Model_Statute_for_Proceedings_Challenging_Government_Failure_to_Act_on_Climate_Change].

ello el Estatuto Modelo proporciona fundamentos detallados, precedentes y 23 artículos específicos para las reformas. La adopción de una parte o de la totalidad del Estatuto Modelo por parte de los jueces, las normas de los tribunales o la legislación contribuirá a garantizar la oportuna reducción de las emisiones de GEI y a lograr la justicia climática.

B) Demandas contra empresas

12. No es de extrañar que las cuestiones medioambientales, sociales y gubernamentales hayan pasado a ocupar un lugar destacado en la agenda empresarial. Se perciben los efectos del cambio climático en muchas sociedades mercantiles con repercusiones tales como: a) la reducción significativa de beneficios, pérdida del mercado existente o de nuevos competidores; b) la imposibilidad de renovar los permisos o, c) el incremento mayores restricciones para hacer negocios que afectan a la rentabilidad. Si una reclamación climática se dirige contra una empresa, por ejemplo, por no incorporar el cambio climático en su toma de decisiones y por no revelar los riesgos relacionados con el clima a sus accionistas, las reclamaciones de fondo según el Derecho privado surgen generalmente de las relaciones contractuales entre las partes, de las relaciones cuasi-contractuales o de la ley. A medida que aumenta el número de casos contra empresas privadas, cuando no hayan respetado sus obligaciones con respecto al cambio climático de acuerdo con su política corporativa u otros instrumentos sustantivos de política climática, se desarrollan los argumentos y las estrategias para demostrar que las estas entidades no protegen el clima de forma perjudicial para los intereses de los demandantes.

Las impugnaciones observadas hasta la fecha tienden a basarse en alegaciones basadas en la insuficiencia, la inactividad o la prevención inadecuada por parte de las empresas con respecto al cambio climático y están teniendo un efecto especialmente significativo en el proceso de fusiones y adquisiciones. La verificación de si se ha actuado con la debida diligencia está empezando evidenciar cuál es la comprensión de una valoración del riesgo climático en términos de riesgo físico, de inversión, de mercado y de responsabilidad, así como a considerar el impacto del cambio climático en la transacción propuesta. Y en este contexto, como veremos en las páginas siguientes, la creciente importancia de hacer negocios de acuerdo con los principios ambientales, sociales y de gobernanza fomentan el empleo generalizado del arbitraje como medio de resolución de conflictos internacionales, cuyo crecimiento exponencial se percibe con nitidez en los últimos años.

2. Perspectiva arbitral

A) Arbitraje de protección de inversiones

13. Complementariamente a los litigios ante tribunales internacionales y nacionales que estas controversias suscitan, ejerce una importante influencia en el sector el arbitraje de protección de inversiones. La transición energética que se pretenden llevar a cabo los Estados ha colocado la referida protección en el centro de corrientes conflictivas esencialmente desde dos dimensiones. De un lado, las políticas de los Estados receptores de la inversión relacionadas con la transición energética, que ponen fin a las inversiones centradas en los fósiles o las eliminan gradualmente, son una fuente de reclamaciones por violación de las normas de los tratados de inversión. De otro lado, siendo la atracción de inversiones crucial para proporcionar la financiación necesaria para suministrar la energía sostenible y la tecnología adecuada para llevarla a cabo otra fuente de conflictividad deriva de la quiebra del equilibrio entre la garantía de la protección a la inversión y la necesidad de una transición energética rápida y eficiente⁵³. Los argumentos más frecuentemente alegados para sustentar este tipo de demandas discurren desde supuestos incumplimientos de la obligación del Estado receptor de la inversión de garantizar un trato justo y equi-

⁵³ Y. ABID, “FDI protection and energy transition: are ISDS adjudicators equipped with the needed legal devices to ease the transition?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 32, n° 1, 2021, pp. 75–118

tativo a los inversores extranjeros, hasta la alegación de protección frente a obstrucción, o la protección contra la nacionalización, la expropiación u otras medidas discriminatorias. Por descontado una parte importante de la conflictividad en esta materia se ha producido ya en el sector de la energía⁵⁴, viéndose especialmente afectado el ámbito de la extracción de materias primas, que requiere mucho capital⁵⁵.

En el contexto de las demandas suscitadas al amparo de los tratados, bilaterales o multilaterales de protección de inversiones (señaladamente el Tratado de la Carta de la Energía⁵⁶), la referencia al cambio climático aparece cada vez con mayor frecuencia⁵⁷ y puede afirmarse que el arbitraje inserto en los tratados de inversión se ha convertido en un instrumento esencial en la resolución de las controversias relacionadas con el cambio climático, pues hasta hace poco, los inversores extranjeros no habían impugnado las medidas relacionadas con el cambio climático ante los tribunales de arbitraje⁵⁸. Sin duda la actuación de determinados centros administradores como el CIADI han contribuido a esta expansión⁵⁹.

En rigor los tribunales previstos en de tratados de inversión ni son las mejores sedes para este tipo de controversias y, mucho menos, la única. Más bien, dada la importancia de estas controversias para la gobernanza del cambio climático, con independencia de su carácter reducido, se impone examinar el arbitraje de inversión como una herramienta de esta última mostrando una cierta virtualidad para hacer cumplir la legislación sobre el cambio climático en los litigios entre Estados y actores no estatales⁶⁰. Estos casos también pueden generar un debate sobre la interacción, el conflicto y/o el apoyo mutuo entre estas ramas del Derecho internacional público y, en general, sobre la unidad o la fragmentación del Derecho internacional.

⁵⁴ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, nº 2, 2014, pp. 369–397

⁵⁵ La protección de las inversiones también puede intervenir a favor de las inversiones de protección del clima: Los Estados han confiado durante mucho tiempo en la inversión privada en este campo, que –como en el ámbito de las energías renovables– se estimula mediante subvenciones estatales o garantías de compra; el “Acuerdo Verde Europeo” presentado por la Comisión de la UE también se basa en gran medida en la inversión privada. *Vid.* Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 11.12.2019, COM (2019) 640 final.

⁵⁶ En 2020 se entablaron negociaciones sobre su modernización que debían basarse, en particular, en una lista de materias abiertas adoptada en 2018 por la Conferencia sobre la Carta. En el curso de las mismas la Unión Europea propuso modificar el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados contratantes. Dado que la materia a la que pertenece ese mecanismo no estaba comprendida en la citada lista, la apertura de negociaciones sobre esa materia debía ser objeto de consenso entre las partes contratantes. En este caso, no se alcanzó tal consenso. Entre el 28 de septiembre y el 1 de octubre de 2021, tuvo lugar la séptima ronda de negociaciones sobre una “modernización” del acuerdo. Hasta ahora, los esfuerzos de la UE para adaptar el TCE a los objetivos climáticos de la UE y a las nuevas normas de inversión han sido infructuosos y no se ha logrado ningún avance en las negociaciones, que se llevan a cabo desde 2018. Por ello, cada vez más Estados miembros de la UE, entre ellos Francia y España, se plantean retirarse del TCE. Mientras tanto, la propia Comisión de la UE ya no descarta una retirada coordinada. Sobre lo polémico de la cuestión baste considerar el Dictamen 1/20 del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2022.

⁵⁷ *Vid.* K. MILES, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor–State Disputes”, *Climate Law*, vol. I, nº 1, 2010, pp. 63–92; A. BOUTE, “Combating Climate Change through Investment Arbitration”, *Fordham Int’l L. J.*, vol. 35, nº 3, 2012, pp. 613–664; J. SULLIVAN y V. KIRSEY, “Environmental Policies: A Shield or a Sword in Investment Arbitration?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, nº 1, 2017, pp. 100–130. 2

⁵⁸ Existe, sin embargo, una preocupación por el hecho de que la mayoría de los tratados de inversión no obligan a los árbitros a que tomen en cuenta los acuerdos internacionales sobre cambio climático al momento de decidir los casos. Así su puso de manifiesto en la Conferencia de la OCDE sobre los Tratados de Inversión y las Políticas de Cambio Climático, de 10 de mayo de 2022 [<https://www.oecd.org/investment/conference-investment-treaties.htm>]. *Vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al ‘desarrollo sostenible’”, *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente* (B. LARRAZ IRIBAS y A. FERNÁNDEZ PÉREZ, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87–123.

⁵⁹ W.J. MILES y M. LAWRY–WHITE, “Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID”, *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 34, nº 1, 2019, pp. 1–31.

⁶⁰ Por ejemplo, en el laudo CPA de 20 de diciembre de 2013 (*Indus Waters Kishenganga*) los árbitros reconocieron la cuestión del cambio climático (párr.117), y en su laudo parcial de 18 de febrero de 2013 dictaminaron que los principios del derecho internacional del medio ambiente deben tenerse en cuenta incluso cuando se interpretan tratados celebrados antes del desarrollo de ese cuerpo jurídico (par. 452). Además, existen arbitrajes de inversión derivados del Protocolo de Kioto, pero confidenciales, y los grupos de expertos de la OMC también podrían abordar cualquier caso relacionado con este tema. *Vid.* F. BAETENS, “The Kyoto Protocol in Investor–State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives”, *Sustainable Development in World Investment Law* (M.–C. E. CORDONIER SEGGER, M.W. GEHRING y A. NEWCOMBE, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 683–715.

14. Con todo, en tanto que foro neutral que permite a las partes elegir árbitros expertos, el arbitraje está en inmejorables condiciones para desempeñar un papel destacado como escenario para resolver muchas de las disputas sobre el cambio climático y la sostenibilidad que surgen en el contexto de las relaciones contractuales, los tratados de inversión o las obligaciones de Estado a Estado. No debe extrañar que esté llamado convertirse en un mecanismo clave para la aplicación del Derecho climático internacional⁶¹. Por el momento esta función ha surgido, esencialmente, de demandas interpuestas por inversores en energías renovables impugnando los cambios normativos que supuestamente afectan a sus inversiones⁶². Es cierto que en estos casos, el Derecho internacional de las inversiones se está utilizando como mecanismo jurídico para proteger los intereses económicos de las empresas que invierten en energías renovables, sin embargo, al derogar y/o modificar las medidas de mitigación del cambio climático, el Estado receptor de la inversión puede estar persiguiendo otros objetivos fundamentales, incluidos los derechos humanos.

Se imponen en estos contenciosos la transparencia y la publicidad, debido a los importantes intereses públicos que suelen estar presentes en los pleitos entre inversores y Estados. En respuesta a las críticas de que estos procesos arbitrales eran demasiado opacos, los Estados y los inversores se han movido, en la última década, para hacer estos arbitrajes más accesibles y transparentes y aunque no existe un catálogo oficial de precedentes vinculantes en el arbitraje, cada vez es más común que los tribunales arbitrales se vean influenciados por ciertos laudos que han recibido gran aceptación o que reiteran la misma argumentación sobre cuestiones similares. Recuérdese que en 2006, el CIADI modificó sus reglas para que se exigiera la publicación inmediata de extractos de cada laudo, y los tribunales pudieran considerar las solicitudes de terceras partes para presentar escritos por los *amicus curiae*⁶³.

La necesidad de una arquitectura económica verde ha ampliado el alcance de las diversas y complejas relaciones jurídicas entre las partes interesadas privadas y públicas y también el potencial para el uso de mecanismos de resolución de conflictos adaptados de forma flexible, como el arbitraje, que en el contexto del cambio climático no está reducido a la modalidad del arbitraje de inversiones. Durante un largo periodo las controversias medioambientales fueron reconocidas como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Pero las jurisdicciones nacionales demostraron su ineficacia para resolver las controversias relacionadas con los efectos transfronterizos nocivos y el Derecho ambiental internacional y las instituciones internacionales de resolución de controversias existentes no proporcionaron acceso directo a las organizaciones no gubernamentales, los grupos de interés y los particulares⁶⁴. Las deficiencias en este sentido eran evidentes en muchos instrumentos jurídicos internacionales que abordaban cuestiones medioambientales, como los tratados medioambientales multilaterales pues aunque estos instrumentos contenían con frecuencia cláusulas de resolución de controversias, dichas cláusulas rara vez introducían procesos específicamente diseñados para la resolución de controversias medioambientales⁶⁵. La resolución de controversias relacionadas con el cambio climático a través del arbitraje ha sido un importante punto de debate en la comunidad arbitral durante los últimos años mostrando la

⁶¹ M. NINO, "Arbitraje internacional y cambio climático", *Aspectos destacados en la lucha frente al cambio climático* (F.J. ZAMORA CABOT, L. SALES PALLARÉS y M.C. MARULLO, dirs), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 1-18.

⁶² En el contexto de las demandas de los tratados de inversión, es probable que el cambio climático aparezca cada vez más. Aunque la solución de controversias inversor-Estado (ISDS) ha sido objeto de inquietud pública en los últimos años, también puede ofrecer un mecanismo neutral y eficaz de resolución de controversias, incluso en el contexto del cambio climático. Por ejemplo, los inversores en energías renovables han tratado de recurrir a este mecanismo en demandas contra España, Italia y la República Checa (entre otros) para impugnar los cambios introducidos por esos Estados en los regímenes de incentivos, que habían sido diseñados para atraer inversiones en energías renovables (y en los que se basaron esas decisiones de inversión). Vid. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 253 ss.

⁶³ C. KESSEDIAN, "De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des amici curiae", *European journal of law reform*, vol. 8, 2006, pp. 29-111; B. STERN, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Rev. arb.*, 2007, pp. 3-43; C. KNAHR, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 23, n° 2, 2007, pp. 327-355.

⁶⁴ De esta circunstancia se hizo eco la Resolución 44/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1989) al declarar que uno de sus principales objetivos era "evaluar la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para ayudar a prevenir y resolver controversias en la esfera del medio ambiente y recomendar medidas en esta esfera".

⁶⁵ C.P.R. ROMANO, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, La Haya, Kluwer Law International 2000, pp. 41 y 44.

práctica arbitral en los últimos años su eficiencia, aunque con metodologías diferentes, tanto en materia de inversiones como en materia comercial. La virtualidad del arbitraje para resolver litigios relacionados con el medio ambiente ha tenido tanto desarrollo que resulta innegable su posible utilización como foro de justicia climática.

B) Arbitrajes internacionales y comerciales

15. El arbitraje, tanto de Derecho internacional público como de Derecho privado, se ha utilizado como foro para resolver controversias internacionales desde mucho antes de que el cambio climático adquiriese su papel estelar en la litigación internacional. Muchas controversias relacionadas con el medio ambiente, la energía y, últimamente, el clima, han sido sometidas y resueltas a través de este mecanismo, lo cual es una señal de que puede ser un foro deseable para resolver tales controversias, por varias razones y quizás sujeto a ciertos ajustes. Al ser las controversias relacionadas con el cambio climático un fenómeno reciente, el número de arbitrajes en este sector aún no se ha generalizado, sin embargo no puede desconocerse el fuerte nexo entre las cuestiones climáticas y el Derecho medioambiental, y por tanto entre los litigios relacionados, hace que la resolución de litigios medioambientales sea un sustituto aceptable de la resolución de litigios sobre el cambio climático.

A nivel empírico, la práctica del arbitraje de Estado a Estado confirma la capacidad del arbitraje para resolver controversias transnacionales con una dimensión medioambiental⁶⁶. Los daños medioambientales fueron objeto de famosos arbitrajes pioneros en los casos *Trail Smelter*⁶⁷ y del *Lago Lanós*⁶⁸. Los fallos de los tribunales arbitrales que tienen en cuenta las consideraciones ambientales, en la medida en que los laudos arbitrales que se aventuran en ese territorio desconocido han estado disponibles, principalmente en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras directas a través del “arbitraje de inversiones”⁶⁹, y en el campo menos publicitado de las controversias “comerciales”, con algunos autores que han observado similitudes entre ambos.

16. En la actualidad el cauce del arbitraje comercial es una vía cada vez más utilizada para la resolución de los litigios derivados de este sector. Tras un periodo en el cual la mayoría de los instrumentos inclusivos de dicho cauce se limitaban a hacer una referencia general al proceso y no especificaban una institución concreta ni las normas de procedimiento, la situación actual ha variado sensiblemente. Hoy nos encontramos ante un buen número de procedimientos arbitrales derivados de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Son frecuentes, en efecto, controversias variadas sometidas a arbitraje, como las derivadas de contratos de construcción y financiación de proyectos de energías renovables, de

⁶⁶ P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes: Prospects for Alternative Dispute Resolution”, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, op. cit., pp. 464–480.

⁶⁷ Este caso se refería a un litigio entre Canadá y Estados Unidos por la contaminación atmosférica derivada de una fundición en Canadá, que fue llevada por los vientos dominantes hacia el Estado estadounidense de Washington, causando graves daños medioambientales. En un pasaje muy citado, el tribunal declaró que “under the principles of international law [...] no state has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence” *Trail Smelter Case (United States v Canada)* (1938, 1941), *UNRIIAA*, vol. III, p 1905. Vid. M. VAN DE KERKHOFF, “The Trail Smelter Case Re-Examined: Examining the Development of National Procedural Mechanisms to Resolve a Trail Smelter Type Dispute”, *Utrecht J. Int'l and Eur. L.*, vol. 27, n° 73, 2011, pp. 68–83; A.J. MENAKER, “The Trail Smelter Dispute: United States of America v. Canada (Trail Smelter), Award, April 16, 1938 and March 11, 1941”, *Arbitrating for peace: how arbitration made a difference*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 55–77.

⁶⁸ *Lake Lanoux Arbitration (Spain v France)* (1957) Arbitral Tribunal, *RIIAA*, vol XII, pp 281–317. Vid. P. SANDONATO DE LEÓN, “L'affaire relatif à l'utilisation des eaux du lac Lanoux. 50 ans d'actualité”, *Agenda internacional*, vol. 15, n° 26, 2008, pp. 265–291

⁶⁹ Vid. el estudio de 114 casos de inversión con componentes medioambientales recopilados por J.E. VIÑUALES, “Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play”, *Research Handbook on Environment and Investment Law* (K. MILES, ed.), Cheltenham: Edward Elgar, 2016. Vid., asimismo, C.L. BEHARRY y M.E. KURITZKY, “Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration”, *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 30, n° 3, 2015, pp. 383–429.

desmantelamiento de centrales eléctricas de combustibles fósiles y de rehabilitación de edificios relacionados con la energía, o de contratos cuya aplicación está condicionada por normativas reguladoras del cambio climático o por los efectos directos del mismo⁷⁰. Y, junto a ellas se hallan las que ponen en marcha conjuntamente las partes implicadas una vez surgido el conflicto relacionado con el cambio climático. Ello explica que dentro de la tendencia del arbitraje internacional a diversificarse para alinearse y buscar oportunidades alternativas, esta materia haya constituido uno de sus objetivos esenciales⁷¹.

Los efectos del cambio climático ya están afectando a las empresas como muestran los informes de las compañías de seguros⁷², enfrentadas al doble reto de hacer frente a la creciente frecuencia y gravedad de los fenómenos meteorológicos extremos, desde los incendios forestales en EE UU, hasta las olas de calor sin precedentes en Europa, pasando por las inundaciones en Japón y a las continuas modificaciones normativas del sector⁷³. No en vano, los cambios en la política, la tecnología y los riesgos físicos han provocado una reevaluación del valor de una amplia gama de activos a medida que los costes y las oportunidades se hacen evidentes. Se desprende de ello que una multiplicidad de cuestiones relacionadas con el clima pueden afectar negativamente a los contratos y dar lugar a una importante conflictividad mercantil. Otros arbitrajes relacionados con el medio ambiente son susceptibles de producirse en supuestos en los que las partes de un contrato incumplan o traten de eludir sus obligaciones comerciales esgrimiendo argumentos de fuerza mayor sobre la base de los efectos del cambio climático, o cuando las partes comerciales presenten demandas contra otras empresas sobre la base de que sus contribuciones relacionadas con el cambio climático causan daños a las operaciones de los demandantes.

Para prevenir este tipo de riesgos, las partes tratan invariablemente de mitigar y asignar dichos riesgos entre ellas contractualmente lo que se traduce en que muchos contratos inserten entre sus cláusulas la obligación de cumplir y/o garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, de derechos humanos o de sostenibilidad, así como el compromiso de establecer acuerdos de respaldo con las contrapartes cuando sea menester.

17. Habida cuenta que el arbitraje es un método muy extendido en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de políticas sobre el cambio climático (energía, construcción, industria, infraestructuras...), las cláusulas de arbitraje se han ido incorporado a los contratos que vinculan a las empresas para que también se esfuercen en la lucha contra el cambio climático, que está implicado en el uso de combustibles fósiles, en la deforestación y en la quema de carbón, gas y energía. Uno de los efectos de la regulación de las empresas es la inserción de cláusulas de arbitraje en sus contratos para que los sectores de la industria también tengan un compromiso y una participación activa en la lucha contra el cambio climático. Efectivamente, las cláusulas de arbitraje se incluyen

⁷⁰ Por ejemplo, la *American Arbitration Association* contempla expresamente controversias medioambientales, que incluyen “el control de la contaminación, la limpieza del medio ambiente y la regulación química de las plantas químicas, los vertederos y otros tipos de proyectos industriales”, como una de sus áreas de especialización [<https://www.adr.org/construction>].

⁷¹ D.R. KALDERIMIS, “International Arbitration in a Brave New World”, *Arb. Int'l*, vol. 34, n° 4, 2018, pp. 533–555.

⁷² El cambio climático también expone a las aseguradoras a mayores riesgos financieros. Estas entidades desempeñan un papel fundamental en la lucha mundial contra dicho cambio: pagan las reclamaciones cuando los clientes sufren pérdidas causadas por condiciones meteorológicas extremas, tienen una capacidad considerable para realizar inversiones a largo plazo en infraestructuras para apoyar la adaptación al cambio climático y su mitigación; y su experiencia en la gestión de riesgos puede ayudar a los gobiernos, las empresas y las comunidades a desarrollar la resiliencia. Ahora bien, el hecho de que las aseguradoras transfieran estos riesgos a los consumidores, a los mercados de capitales y al sector público representa una importante cuestión de orden si estos riesgos aumentan en el futuro. Vid. A.F. DLUGOLECKI, “Climate Change and the Insurance Industry”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 24, n° 4, 2000, p. 582–601 [<https://link.springer.com/content/pdf/10.1111/1468-0440.00084.pdf>].

⁷³ Es probable que los reguladores empiecen a exigir a las aseguradoras más información, así como sus componentes e hipótesis de una amplia gama de escenarios posibles de cambio climático y la determinación de cómo se utilizan los datos climáticos en los modelos de riesgo para la fijación de precios y las decisiones de suscripción. También es probable que se exija más a las aseguradoras información en orden a las medidas adoptadas para prevenir el empeoramiento de las pérdidas relacionadas con el clima, incluidas las actividades de adaptación para mitigar el impacto de esos riesgos. Vid. la obra colectiva L. FACHE ROUSOVÁ, M. GIUZIO, S. KAPADIA, H. KUMAR, L. MAZZOTTA, M. PARKER y D. ZAFEIRIS, *Climate Change, Catastrophes and the Macroeconomic Benefits of Insurance*, EIOPA. 2021 [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d643e71e-e2be-11eb-895a-01aa75ed71a1/language-en>].

en muchos contratos redactados en los sectores más directamente implicados por el cambio climático, como el energético, el extractivo y el de la construcción; dichas industrias, que ya están muy reguladas, probablemente verán un nuevo aumento de la normativa destinada a hacer frente al cambio climático⁷⁴. Asimismo, las cláusulas de arbitraje son frecuentemente utilizadas en contratos comerciales generales en una variedad de sectores (*v.gr.*, energía, infraestructura, transporte, agricultura, manufactura y procesamiento) y contratos celebrados con el propósito de implementar los compromisos de transición, adaptación o mitigación del Acuerdo de París. Y a este catálogo cabe agregar los acuerdos de sumisión celebrados después de que haya surgido la controversia disputa para permitir que un grupo afectado resuelva disputas relacionadas con el cambio climático en un foro específico que en los litigios donde las partes no han previsto esta eventualidad; esta práctica es cada vez más frecuentes en el intento de evitar costosos procedimientos paralelos que pueden dar lugar a decisiones contradictorias.

La dimensión internacional del cambio climático y la posible implicación de Estados o entidades estatales en las controversias previstas hacen del arbitraje internacional un mecanismo adecuado para resolver las controversias relacionadas con el cambio climático. Distintos centros de arbitraje ofrecen unos foros neutrales para ello y muchos Estados o entidades estatales ya participan con frecuencia en los procedimientos de arbitraje internacional de la CCI como demandantes en litigios sobre construcción de plantas o energía.

Bien entendido que las controversias relacionadas con el cambio climático son un fenómeno reciente siendo el número de arbitrajes relacionados es por el momento limitado. Precisamente el presente estudio se centra esencialmente en examinar el papel del arbitraje comercial en la dirección de un proceso de transformación hacia un futuro sostenible y equitativo.

18. En los últimos años, la comunidad internacional decidió impulsar la evolución del procedimiento arbitral estableciendo directrices para para adaptarlo a las controversias ambientales. Las asociaciones internacionales de abogados y las cámaras de comercio reconocieron cada vez más el papel central y la evolución de las expectativas de la profesión jurídica en la respuesta al cambio climático. Entre estas realizaciones destacan:

- i) En el marco de la CNUDMI, el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo art. 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la CNUDMI, con el fin de fomentar un mayor nivel de transparencia en los arbitrajes de inversión⁷⁵. Estas

⁷⁴ El arbitraje también está previsto en los procesos de los organismos de normalización de créditos de carbono, como *Verra* y la *Fundación Gold Standard* (que, según el Banco Mundial, fueron responsables colectivamente de la mitad de los créditos emitidos a través de mecanismos de acreditación en 2020). *Verra* es un líder mundial que ayuda a abordar los desafíos ambientales y sociales más difíciles del mundo mediante el desarrollo y la gestión de estándares que ayudan al sector privado, los países y la sociedad civil a alcanzar objetivos de desarrollo sostenible y acción climática. Los estándares y marcos globales de *Verra* sirven como pilares son esenciales para canalizar la financiación de actividades de alto impacto que afectan a cuestiones ambientales más apremiantes de nuestros días. El modelo de condiciones generales de *Verra* de 2021 incluye en la n° 19 una cláusula escalonada prevé que las partes en los litigios relacionados con las mismas o con su incumplimiento intentarán resolverlos a través de la mediación de JAMS y si ésta no ha sido resulta dentro del plazo de 30 días se resolverá definitivamente mediante arbitraje administrado por la misma entidad *Verra*, *Term of Use*, septiembre 2021 [https://verra.org/wp-content/uploads/2021/10/Verra-Registry-TOU-September-2021_FINAL.pdf]. Y el recurso al arbitraje, esta vez CCI, tras un proceso de negociación previa se incluye en la cláusula 12 del acuerdo que establece el “Programa de Acreditación” a través del cual un organismo de validación/verificación, elegido de conformidad con las correspondientes Reglas del Programa *Verra* ha sido acreditado para prestar servicios de evaluación. *Verra* fue fundada en 2007 por líderes ambientales y empresariales con la finalidad de suministrar una mayor garantía de calidad en los mercados voluntarios de carbono. Su sede encuentra en Washington, DC, consistiendo se misión en la elaboración de una serie de estándares y programas que desarrolla y administra de aplicación a escala mundial. Sus programas se someten a amplias consultas con las partes interesadas y revisión de expertos, y se basan en cuatro componentes clave: estándar, evaluación independiente, metodologías de contabilidad y registro.

⁷⁵ J. SALASKY y C. MONTINERI, “UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State”, *ASA Bulletin*, vol. 31, n° 4, 2013, pp. 744–796; M. WESTCOTT, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *Arbitration*, vol. 82, n° 3, 2016, pp. 302–305; E. SHIRLOW, “Dawn or a new era?: the UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 31, n° 3, 2016, pp. 622–654

reglas se aplican a todos los tratados celebrados después del 1 de abril de 2014, a menos que las partes contratantes opten por no hacerlo. En virtud de estas normas, todas las audiencias están abiertas al público, todos los laudos se publican y los tribunales pueden aceptar (además de invitar) las presentaciones de terceros .

- ii) La publicación de un informe en 2017 titulado “*Bridging the climate change policy gap: the role of International Law and Arbitration*”, elaborado tras una conferencia internacional sobre el mismo tema celebrada a finales de 2016 y organizada conjuntamente por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la *International Bar Association* (IBA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). El informe aborda las estrategias para mejorar las inversiones en tecnología verde y cómo el arbitraje internacional podría desempeñar un papel en la salvaguardia de estas inversiones⁷⁶.
- iii) Con posterioridad en 2019 aparecieron, promovidas por el *Center for International Legal Cooperation*, las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas, que tuvieron la virtud de ofrecer un marco regulatorio adecuado para el arbitraje internacional como método para resolver controversias de derechos humanos que involucran negocios⁷⁷; unas controversias que suelen suscitarse en determinadas zonas donde los tribunales nacionales no funcionan correctamente, o son corruptos, o sufren influencia política o no disponen de personal suficientemente cualificado. Ni que decir tiene que en este marco general el cambio climático y el impacto en el medio ambiente fueron cuestiones que tuvieron un lugar destacado.

III. Elementos y manifestaciones del incremento de las soluciones arbitrales

1. Potenciación del arbitraje tras la adopción del Acuerdo de París

19. Es cierto que la reglamentación internacional del cambio climático entró en una nueva fase tras el Acuerdo de París de 2015, si bien con ciertas limitaciones. Dentro los mecanismos de resolución de controversias previstos en el acuerdo se incluyó el arbitraje convirtiéndose desde ese momento en una alternativa prioritaria para abordar esta cuestión⁷⁸. Este instrumento hace referencia en efecto a la cláusula de solución de controversias de la CMNUCC, que permite a las partes declarar que aceptan el arbitraje de conformidad con los procedimientos que adopte la Conferencia de las Partes (COP) de la CMNUCC en un “anexo sobre arbitraje”, donde consta que el arbitraje se ha utilizado como una herramienta para resolver controversias a medida que se han desarrollado mecanismos de mercado para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. El alcance de este anexo resultó esencial para dotar al marco jurídico del cambio climático de los instrumentos que necesita para cumplir los objetivos fijados en París, y para resolver las controversias sobre el cambio climático en general; también resulta relevante sus posibilidades de adaptación a los múltiples tipos de litigios sobre el cambio climático que cada vez se suscitan con mayor frecuencia⁷⁹.

En la COP23 de 2017⁸⁰, varias instituciones arbitrales, junto con la *International Bar Association* (IBA), aprovecharon la oportunidad para dar a conocer el potencial del arbitraje en el ámbito del

⁷⁶ “Bridging the Climate Change Policy Gap: The Role of International Law and Arbitration” (2017) [https://sccinstitute.com/media/221868/conference_report_climatechange2.pdf]

⁷⁷ The Hague Rules On Business and Human Rights Arbitration. Report 12 diciembre 2019 [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/02/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_Launch-Report-.pdf]. Vid. C. KESSEDIAN, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l’arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l’homme par les entreprises”, *Journ. dr. int.*, vol. 148, n° 1, 2021, pp. 71–88.

⁷⁸ J. LEVINE, “Climate Change Disputes: The PCA, The Paris Agreement and Prospects for Future Arbitrations”, *Transnational Dispute Management*, vol. 14, n° 1, 2017.

⁷⁹ R. DE PAOR, “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won’t be A Next Time”, *Journ. Int’l Disp. Settl.*, vol. 8, n° 1, 2017, pp. 179–215.

⁸⁰ La Conferencia sobre el Cambio Climático de 2017 tuvo lugar en Bonn, Alemania, del 6 al 18 de noviembre. En ella se reunieron los líderes de los gobiernos nacionales, las ciudades, los Estados, las empresas, los inversores, las ONGs y la sociedad civil para acelerar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático.

cambio climático. Con posterioridad, en la COP26, los gobiernos adoptaron reglas largamente esperadas para la cooperación en el mercado de carbono bajo el Acuerdo de París (arts. 6.2º y 6.4º)⁸¹, concretamente el anexo de arbitraje en la COP26 es un instrumento fundamental para garantizar el respeto del Acuerdo de París y se espera que aliente a los Estados a adoptar más medidas de respuesta al cambio climático y proporcionará a las partes un foro más adecuado para la resolución de controversias sobre el cambio climático⁸².

2. Realizaciones de los centros de arbitraje

A) Institucionalización del arbitraje vinculado al cambio climático

20. Desde la adopción del Acuerdo de París en 2016 y su entrada en vigor, las empresas se han esforzado por adaptarse a la creciente regulación de las emisiones. El arbitraje internacional y la solución alternativa de controversias (ADR) se están convirtiendo cada vez más en la opción de las empresas para resolver eficazmente las controversias relacionadas con el cambio climático. Durante mucho tiempo, las instituciones de arbitraje dedicado exclusivamente a los conflictos comerciales no habían prestado atención a estas cuestiones. Sin embargo en los últimos años los centros de arbitraje más importantes del mundo han proclamado su adaptabilidad y apoyo con respecto a las cuestiones medioambientales y a las relacionadas con esta materia allanando el camino para su aceptación generalizada, siendo testigos de un aumento constante de las controversias relacionadas con el cambio climático: Corte Permanente de Arbitraje, *London Court of International Arbitration*, Corte Internacional de Arbitraje e Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Ello al margen de la acción del CIADI, que se excluye del presente estudio dada la autonomía del arbitraje de protección de inversiones. Por lo general, estas instituciones han estado intrínsecamente vinculadas a la transición energética, que se aleja de las fuentes de energía tradicionales, como los combustibles fósiles y el carbón, hacia el aumento de las inversiones en energías renovables, la modernización de las redes eléctricas y la mejora del almacenamiento de energía y datos. Entre otros muchos ejemplos que pudieran aportarse está la labor de la *American Arbitration Association* ocupada en cuestiones relativas al control de la contaminación, la limpieza del medio ambiente, la regulación química de las plantas químicas, los vertederos y otros tipos de proyectos industriales⁸³.

Las instituciones arbitrales están en disposición de establecer un conjunto de normas específicas para los litigios medioambientales, si bien las normas actuales de los centros de arbitraje pueden adaptarse para atender a las cuestiones relacionadas con el cambio climático. Cuestión distinta es el empleo del “arbitraje climático”, circunstancia que no está en función de la calidad de las reglas, que son lo suficientemente flexibles como para poder aplicarse a cualquier caso, sino en otros motivos⁸⁴.

⁸¹ Las principales organizaciones e instituciones de arbitraje celebraron una mesa redonda al margen de la cumbre de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP23), celebrada en Bonn, en la que se destacó la descripción de la “marea creciente” de casos con aspectos medioambientales de los que se ocupa la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (“COP23 delegates hear about a ‘rising tide’ of environmental cases”, *Global Arb. Rev.*, 23 noviembre 2017; PCA: Press Release, “Participation in COP-23” [<https://pca-cpa.org/en/news/press-release-pca-participation-in-cop-23/>]. *Vid.* S. MINAS “COP26 Created New Carbon Market Rules: How Will Arbitration Respond?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 23 enero 2022.

⁸² Otros protocolos sobre el cambio climático que adoptan el arbitraje como medio de resolución de litigios son el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que contiene procedimientos de solución de controversias en el art. 11 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (VCPOL). El propio VCPOL contiene un “anexo de arbitraje” que ha sido aprobado. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que inserta el arbitraje como medio de solución de controversias. La convención tiene un papel que planear en las controversias sobre el cambio climático relacionadas con el mar.

⁸³ American Arbitration Association, “Practical Areas: American Arbitration Association” [<https://www.adr.org/construction/>].

⁸⁴ Baste referirse a actuaciones como la *Campaign for Greener Arbitrations* por unos arbitrajes más ecológicos impulsada por de la árbitro Lucy Greenwood con el objeto de gestionar sus arbitrajes de forma respetuosa con el medio ambiente. Desde los primeros momentos la campaña contó con el apoyo de instituciones arbitrales, bufetes de abogados, empresas, centros educativos y grupos de reflexión de todo el mundo. En 2019, lanzó lo que denominó su “Compromiso Verde” para minimizar el

21. En abril de 2017, la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional constituyó el Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje de Disputas Relacionadas con el Medio Ambiente y el Cambio Climático, cuyo proyecto de informe está en la fase final de aprobación. Entre sus conclusiones se encuentra que en los contratos comerciales relativos a los sectores más afectados por la transición a la energía sostenible, el arbitraje y el ADR de la CCI fueron adoptados con frecuencia como mecanismo de resolución de disputas. Por ejemplo, en los ámbitos de la energía, las infraestructuras y el urbanismo, el uso global y regional del suelo y la industria, el arbitraje se elige cada vez más como el medio preferido para resolver estas disputas.

Iniciativas de este tipo responden en gran parte al llamamiento del Grupo de Trabajo de la IBA sobre Justicia y Derechos Humanos en relación con el Cambio Climático en el sentido de que la profesión jurídica tenía un papel fundamental que desempeñar en la lucha para combatir el cambio climático combatiendo los vacíos que dejó el Acuerdo de París (*IBA's 2014 Task Force Report*) a todas las instituciones arbitrales para que tomaran “*appropriate steps to develop rules and/or expertise specific to the resolution of environmental disputes, including procedures to assist consideration of community perspectives*”⁸⁵. Las primeras realizaciones de relevancia para establecer modelos y mejores prácticas en los arbitrajes con componentes vinculados a los litigios climáticos se realizaron en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje, destacando la elaboración de un Reglamento Facultativo para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales. Esta labor fue seguida en el marco de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que en 2019 encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un informe sobre el cambio climático y los litigios relacionados con el cambio climático, definidos estos últimos como “cualquier litigio que surja o esté relacionado con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”.

Posteriormente, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) utilizó el mismo concepto en su documento *Green Technology Disputes in Stockholm* (2019).

B) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales (2001)

22. Durante la década de 1990, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) reconoció que era necesario contar con procedimientos de resolución de controversias adaptados específicamente a estos los litigios, que cubriesen ciertas las lagunas procesales existentes con respecto a la designación de expertos, la confidencialidad, las medidas provisionales, la rapidez de los procedimientos arbitrales y la ejecutabilidad de la decisión final⁸⁶. En mayo de 2000, se constituyó un comité para redactar el Reglamento para

impacto de su práctica arbitral en el medio ambiente creando un año más tarde un Comité Directivo compuesto por miembros de la comunidad del arbitraje, incluidos profesionales, instituciones y proveedores de servicios jurídicos que tienen un interés en la mejora continua del arbitraje internacional. Un objetivo fundamental del Comité Directivo fue el establecimiento de un marco y un conjunto de protocolos para promover un mejor comportamiento medioambiental a través de una serie de acciones. Tras un periodo de consulta pública a principios de 2021, la Campaña lanzó los denominados “Protocolos Verdes” que establecen el marco para la aplicación de los Principios Rectores de la *Campaign for Greener Arbitrations*. Fueron creados para ayudar a los participantes en el campo del arbitraje a reducir su contribución a la huella medioambiental de los procedimientos arbitrales, proporcionando una guía práctica fácil de usar y las mejores prácticas para que los intervinientes en los procedimientos arbitrales adopten comportamientos sostenibles [<https://www.greenerarbitrations.com>].

⁸⁵ El Comité de Arbitraje de la IBA trabajó estrechamente con los miembros de la Corte Permanente de Arbitraje, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para promover la resolución de controversias medioambientales a través del arbitraje. Además participaron conjuntamente en la conferencia conjunta en París durante la COP-21 sobre el arbitraje de disputas relacionadas con el cambio climático. *Vid.* IBA Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, 2014, p. 144 [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>].

⁸⁶ En 1996, la CPA convocó un Grupo de Trabajo especial sobre Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (“Grupo de Trabajo”) con el fin de explorar su papel potencial en la resolución de controversias ambientales. El Grupo de Trabajo, compuesto por representantes de los gobiernos de Australia, Brasil, China, India, la Federación Rusa y Samoa, se mostró unánimemente a favor de utilizar la CPA como el instrumento adecuado para resolver dichas controversias. *Vid.* A. REST, “An International Court for the Environment: The Role of the Permanent Court of Arbitration”, *Asia Pacific Journal of Environmental Law*,

la resolución de controversias relacionadas con el medio ambiente y/o los recursos naturales, presidido por el profesor Philippe Sands. Este Reglamento, redactado por expertos en Derecho ambiental y arbitraje fue aprobado en una reunión extraordinaria celebrada el 19 de junio de 2001⁸⁷. Un año más tarde el Consejo Administrativo de la CPA adoptó por consenso otro conjunto de normas para la resolución de controversias medioambientales, a saber, el Reglamento Facultativo para la Conciliación de Controversias Relacionadas con los Recursos Naturales y/o el Medio Ambiente (“Reglamento de Conciliación”)⁸⁸.

El Reglamento Facultativo se basa en el Reglamento de la CNUDMI, pero acomodándose a las características propias de las controversias relacionadas con los recursos naturales, la conservación o la protección del medio ambiente.

- i) *Ámbito de aplicación.* Contiene un ámbito de aplicación especialmente amplio pues, de acuerdo con su art. 1.1º: “La expresión ‘acordar por escrito’ incluye disposiciones en acuerdos, contratos, convenciones, tratados, como también los estatutos de una organización internacional o agencia, así como una referencia previamente acordada por las partes, de una corte”. Esta amplitud tiene dos importantes consecuencias. De un lado, facilita que los Estados puedan incluir el Reglamento en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente que consideren oportuno y que, aún se no hayan adoptado, procedimientos de solución de controversias, así como en los contratos y en los acuerdos de arbitraje *ad hoc*. De otro lado, pretende dar respuesta a la fragmentación existente del Derecho ambiental internacional en múltiples instrumentos especializados suministrando un puente entre dichos acuerdos y un foro basado en un derecho separado y distinto”⁸⁹
- ii) *Definición de controversia.* Se aplica el Reglamento a las controversias relacionadas tanto con el medio ambiente como con los recursos naturales, al establecer que “Cuando todas las partes hayan acordado resolver un litigio específico de conformidad con el presente Reglamento, la decisión sobre si el litigio está relacionado con el medio ambiente o los recursos naturales no es necesaria para determinar la jurisdicción”.
- iii) *Flexibilidad y libertad a las partes.* El Reglamento permite elegir un tribunal arbitral de uno, tres o cinco árbitros (art. 5) y nombrar árbitros con experiencia y conocimientos en derecho ambiental o de los recursos naturales de la Lista de Árbitros de la CPA (art. 8.3º). Además, las partes pueden elegir peritos y los tribunales pueden nombrar peritos una lista indicativa de personas consideradas expertas en los asuntos científicos o técnicos

1999, nº 4, pp. 107–124, esp. p. 118; P.J.H. JONKMAN, “Resolution of International Environmental Disputes: a Potential Role for the Permanent Court of Arbitration”, *Towards the world governing of the environment*, IV International Conference International Court of the Environment Foundation (ICEF), 2–5 June 1994, Venice (Italy), vol. I, Pavia, Luculano, 1996, pp. 435–463

⁸⁷ Resulta de referencia obligada el completo estudio de este instrumento en T. MESHEL, “Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA)”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2015 [https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/Optional_Rules_for_Arbitration_Law-mpeipro-e2810.pdf]. *Vid.*, asimismo, A.C. KISS, ‘Environmental Disputes and the Permanent Court of Arbitration’, *Hague Yearb. Int’l L.*, vol. 16, 2003, pp. 41–46; C.M.J. KRÖNER, “The Work of the Permanent Court of Arbitration in the Field of Environmental Dispute Resolution”, *International Conference on Global Environmental Governance*, Rome, Ministry of Foreign Affairs, 20–21 May 2010, pp. 277–282; A. BLANC ALTEMER, “Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, nº 1, 2003, pp. 506–511; M. VESPA, “An Alternative to an International Environmental Court? The PCA’s Optional Arbitration Rules for Natural Resources and/or the Environment”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 295–331.

⁸⁸ Al igual que el Reglamento de Arbitraje, el Reglamento de Conciliación puede ser utilizado por las partes privadas, por otras entidades de derecho nacional o internacional, por organizaciones internacionales y por los Estados si todas las partes están de acuerdo en utilizarlo. Las partes pueden elegir a los conciliadores de la Lista de Árbitros de la CPA constituida conforme al Reglamento de Arbitraje, o a los miembros de la CPA, y pueden elegir a los peritos de la Lista de Expertos Científicos y Técnicos de la CPA constituida conforme al Reglamento de Arbitraje (Reglamento de Conciliación, Introducción). Por último, el Reglamento de Conciliación contiene recomendaciones al conciliador o conciliadores destinadas a facilitar la resolución de las controversias medioambientales, como sugerencias para la creación de un comité que supervise la aplicación de un acuerdo de conciliación (art. 12 del Reglamento de Conciliación).

⁸⁹ D.P. RATLIFF, “The PCA optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment”, *Leiden J. Int’l L.*, vol. 14, nº 4, 2001, pp. 887–896, esp. p. 890.

que puedan ser relevantes para el presente. Por último, el Reglamento de Arbitraje puede ser modificado o adaptado para ajustarse a los requisitos específicos de las partes y a las cuestiones implicadas en la disputa y, en particular, para especificar la jurisdicción *ratione personae* con el fin de permitir la participación de actores no estatales.

- iv) *Autoridad nominadora*. Si las partes no hubieran llegado a acuerdo sobre la autoridad nominadora, o si la autoridad nominadora acordada por las partes se negara a actuar o no nombrase el árbitro dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud de una de las partes en ese sentido, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (art. 6. 2º). Al efecto el Reglamento crea un marco procesal que puede agilizar el proceso arbitral y evitar el estancamiento cuando, por ejemplo, las partes no pueden decidir sobre los árbitros o el procedimiento para su nombramiento. Estas disposiciones son importantes, ya que el tiempo suele ser esencial en las controversias medioambientales, debido a la posibilidad de que se produzcan daños irreversibles en el ecosistema. Por último, dado que los litigios medioambientales pueden implicar a múltiples partes, el Reglamento de Arbitraje incluye disposiciones específicas para la designación de árbitros por varias partes.
- v) *Confidencialidad* Reglamento de Arbitraje incluye disposiciones de confidencialidad más estrictas y detalladas que otros Reglamentos Facultativos de la CPA y el Reglamento de la CNUDMI, ya que no sólo prevé que los procedimientos se celebren a puerta cerrada (art. 25.4º), sino también que el laudo sea confidencial (art. 32.6º, a menos que las partes acuerden lo contrario. También permite a las partes solicitar al tribunal que cualquier información presentada en el procedimiento sea clasificada como confidencial (art. 15.4º) y consiente que el tribunal determine si la información debe ser clasificada de este modo, ya que es de tal naturaleza que la ausencia de medidas especiales de protección en el procedimiento podría causar un grave perjuicio a la parte o partes que invocan su confidencialidad. Como novedad se incluye que el tribunal “también podrá, a solicitud de parte o de oficio, nombrar a un asesor en confidencialidad... con el fin de que, sobre la base de la información confidencial, le informe sobre cuestiones específicas señaladas por el tribunal, sin revelar la información confidencial a la parte que no aportó dicha información como tampoco al tribunal”. Estas disposiciones de confidencialidad fueron diseñadas para proteger la información que afecta a la seguridad nacional, la propiedad intelectual, los secretos comerciales y otra información de propiedad, y para permitir a las partes cumplir con sus leyes nacionales y gestionar cualquier información sensible o restricciones políticas⁹⁰.
- vi) *Acceso a entidades no estatales*. El reglamento permite el acceso a entidades no estatales, ya que pueden utilizarse en controversias en las que participen no sólo Estados, sino también organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, corporaciones y partes privadas. En el contexto de las controversias relacionadas con el cambio climático, por ejemplo, la mayor accesibilidad al proceso prevista en el Reglamento de Arbitraje puede abrir una nueva vía para los actores no estatales⁹¹.
- vii) *Medidas cautelares*. A menos que las partes acuerden lo contrario, “el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes y habiendo obtenido la opinión de todas ellas, tomar todas las medidas provisionales, incluyendo ordenes provisionales en relación con el asunto en litigio, que considere necesarias para la protección de los derechos de cualquiera de las partes o para impedir, dentro del ámbito del asunto en litigio, un daño serio al medio ambiente” (art. 26.1º). Este precepto limita las órdenes de medidas provisionales al objeto del litigio y sólo las permite para “preservar los derechos de cualquiera de las partes o para evitar un daño grave al medio ambiente”..

⁹⁰ C.M.J. KRÖNER, “The Work of the Permanent Court of Arbitration in the Field of Environmental Dispute Resolution”, *International Conference on Global Environmental Governance: Rome – Ministry of Foreign Affairs, 20–21 May 2010*, Roma, Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), 2011, pp. 277–281, esp. p. 280.

⁹¹ R. MACKENZIE, “The role of dispute settlement in the climate change regime” (J. BRUNNEE, M. DOELLE y L. RAJAMANI, eds.), *Promoting Compliance in an Evolving Climate Regime*, Cambridge University Press, 2011, pp. 395–417.

- viii) *Sustanciación de las actuaciones arbitrales*, al igual que el Reglamento de la CNUDMI, el Reglamento facultativo que estamos estudiando establece que el tribunal arbitral puede llevar a cabo un arbitraje de la manera que considere apropiada siempre que las partes sean tratadas con igualdad y se les dé plena oportunidad de presentar su caso (art. 15.1º). El procedimiento se llevará a cabo sobre la base de documentos, pero, si una parte lo solicita, podrán celebrarse audiencias para la presentación de pruebas testificales, incluidas las pruebas periciales (art. 15.2º).
- ix) *Derecho aplicable*. En este caso el Reglamento difiere de lo estatuido por el Reg. CPA en el sentido de que, cuando las partes no hayan hecho dicha designación, el tribunal aplicará el derecho nacional y/o internacional y las normas de derecho que considere apropiadas (art. 33). Este amplio margen concedido al tribunal de arbitraje para decidir la ley aplicable es importante en el contexto medioambiental internacional, dado que los asuntos suelen surgir en un contexto nacional y se convierten en transnacionales en una fase posterior.

23. Con esta redacción, el Reglamento facultativo de la CPA pretendió llenar la laguna en la resolución de disputas medioambientales internacionales existente en su estructura organizativa. Sin embargo, a la luz de su uso relativamente limitado hasta el momento, queda por ver si es capaz de superar las deficiencias de la resolución clásica de conflictos internacionales a la hora de abordar cuestiones medioambientales “globales, multilaterales y simétricas” como el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono. En todo caso, su adopción del Reglamento, la CPA observó un aumento significativo de las solicitudes de información sobre el nuevo instrumento a la vez que asistencia para la redacción de cláusulas de arbitraje que prevén el recurso a la CPA en convenios, acuerdos internacionales y contratos⁹².

El mecanismo diseñado por la CPA proporciona un “foro unificado” para la resolución rápida y eficaz de controversias complejas y multilaterales relacionadas con cuestiones medioambientales, tanto por parte de los Estados como de los agentes no estatales, y evitan la larga y costosa negociación de normas de procedimiento para la resolución de controversias medioambientales. Además, el Reglamento combina las ventajas de las ampliamente aceptadas Reglas de la CNUDMI y las otras Reglas Opcionales de la CPA, bien establecidas, lo que las hace adecuadas para la resolución tanto de controversias medioambientales con dimensiones comerciales como de controversias de Derecho internacional público con un elemento medioambiental⁹³. De este modo, el Reglamento de Arbitraje parece llenar la laguna en la resolución de controversias medioambientales internacionales que pretendía pudiendo el acceso a la justicia funcionando como una herramienta para la interpretación de los acuerdos existentes; posiblemente reparando parte de la fragmentación del derecho (ambiental) internacional.

Pese a que el Reglamento facultativo fue muy celebrado cuando se adoptó por primera vez en 2001 a la luz de su uso relativamente limitado hasta ahora, queda por ver si es capaz de superar las deficiencias de la resolución clásica de controversias internacionales a la hora de tratar cuestiones medioambientales “globales, multilaterales y simétricas” como el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono. En la práctica apenas se ha utilizado para resolver controversias medioambientales⁹⁴.

⁹² En 2003, el Reglamento de Arbitraje se incluyó por primera vez en un acuerdo medioambiental multilateral, a saber, el Protocolo sobre responsabilidad civil e indemnización de daños causados por los efectos transfronterizos de los accidentes industriales en aguas transfronterizas del Convenio de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales y del Convenio de 1992 sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales. También en 2003, la CPA participó en debates sobre el posible uso del Reglamento de Arbitraje con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Secretaría de la Convención de Ramsar y el Centro de Recursos Jurídicos Internacionales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la *American Bar Association*. El Reglamento de Arbitraje se mencionó asimismo en el Modelo de Acuerdos de Compra de Reducción de Emisiones de 2006 elaborado por la Asociación Internacional de Comercio de Emisiones.

⁹³ D. RATLIFF, “Dispute Resolution and Environmental Security”, *Hague Yearb. Int’l L.*, vol. 20, 2007, p. 65–73.

⁹⁴ A. ROSS, “The PCA and Climate Change”, *Global Arbitration Review*, 10 diciembre 2015; T. Meshel, “Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA) (February 15, 2016)”, MPILux Research Paper 2017 (1), Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law published by OUP, 2019 [<https://ssrn.com/abstract=3426459> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3426459>].

El Informe COP21 elaborado por la IBA puso de relieve que las empresas estaban abiertas a una mayor regulación en materia de medio ambiente y derechos humanos, pero que esta regulación debía ser transparente, clara y, sobre todo, proporcionar seguridad a las empresas que planifican sus compromisos financieros y operativos. Se señaló además que, unas cláusulas de arbitraje cuidadosamente diseñadas en los contratos permitirían anticipar y prevenir activamente las disputas entre los proveedores sobre el impacto de la nueva legislación fiscal sobre el carbono, en lugar de que esto sea un riesgo que las empresas no puedan mitigar⁹⁵

C) Informe del Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje en las Controversias Relacionadas con el Cambio Climático (2019)

24. Indiscutiblemente la CCI es una entidad consolidada en la resolución de controversias medioambientales derivadas del cambio climático. El Grupo de Trabajo predijo que las disputas relacionadas con el cambio climático aumentarán exponencialmente en los próximos años y sugiere que la CCI está mejor posicionada para tratar dichas disputas, dado su papel activo en la negociación de cuestiones relacionadas con el cambio climático en nombre de las empresas y la industria. Además, cuenta con procedimientos que permiten soluciones únicas para abordar las cuestiones relacionadas con el cambio climático, entre ellos. El recurso a árbitros y peritos con conocimientos científicos y relacionados con el cambio climático; técnicas de gestión de casos que permiten procedimientos acelerados y medidas urgentes diseñadas para facilitar la pronta resolución de las controversias; la capacidad de aplicar leyes específicas que rigen o son aplicables, incluidos los instrumentos jurídicos pertinentes en materia de cambio climático; la preservación de la confidencialidad como sello distintivo del arbitraje, al tiempo que se adoptan medidas para aumentar la transparencia de acuerdo con la autonomía de las partes; y la capacidad de adherirse a partes adicionales, presentar múltiples reclamaciones sobre la base de múltiples contratos y permitir la presentación de *amicus curiae* con el acuerdo de las partes. El arbitraje de la CCI es, por tanto, una opción natural para las empresas que intentan adaptarse a la creciente regulación del cambio climático y adecuar sus prácticas a las nuevas normas. Las empresas pueden considerar la introducción de una cláusula de arbitraje de la CCI en sus contratos comerciales existentes y nuevos para adelantarse a una posible disputa sobre el cambio climático.

En noviembre de 2019, la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional publicó un informe que examina el papel del arbitraje y ADR en la resolución de controversias internacionales relacionadas con el cambio climático⁹⁶. Asimismo, muchas de las recomendaciones que incluye están alineadas y con las contenidas en las referidas Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas, lanzadas en diciembre de 2019, proporciona orientación y sugiere modelos de redacción para varios escenarios. Entre sus objetivos figuraba la adaptación del arbitraje otros servicios de solución de controversias practicados en el seno de la CCI a las controversias relacionadas con el cambio climático.

El Informe destaca que las previsible controversias que surgen en los sectores afectados por las transiciones impulsadas por el cambio climático representaron alrededor del 70% de todos los nuevos casos de arbitraje de la CCI en 2018, y solo los sectores de la construcción, la ingeniería y la energía

⁹⁵ De los 100 casos pendientes en la CPA hasta diciembre de 2015, la mitad estaban relacionados con la energía y muchos planteaban cuestiones medioambientales, como la preservación y la sostenibilidad del medio ambiente, la reparación de daños medioambientales y los derechos relacionados con los recursos naturales). Estos casos se presentaron en el marco del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Inversiones, Tratados Bilaterales); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992); y el sistema de solución de controversias del Tratado sobre la Carta de la Energía). Además, entre 2009 y 2015, la CPA ha administrado nueve casos de contratos derivados del Protocolo de Kioto de 1997, incluidos los seis casos en virtud del Reglamento de Arbitraje mencionados anteriormente, y tres casos en virtud del Reglamento de la CNUDMICOP21: Climate Change Related Disputes: “A Role for International Arbitration and ADR”, 7 diciembre 2015 [http://isdblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/12/David-W-Rivkin-speech-Climate_change_arbitration.pdf].

⁹⁶ ICC Commission Report, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, 2019 [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>].

representan más del 40%. El Informe también destaca que las inversiones relacionadas con el cambio climático están aumentando rápidamente y que una transición de sistemas de la escala propuesta por el IPCC recalibrará el riesgo regulatorio y la estrategia de inversión en sectores donde el arbitraje y la ADR son relevantes y prevalentes.

Se adopta una definición amplia de las controversias relacionadas con el cambio climático, que incluye: “...cualquier controversia que surja de o en relación con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”.

Y al efecto se identifican tres categorías distintas de controversias relacionadas con el cambio climático, clasificables en dos rúbricas: controversias directas y controversias indirectas:

- i) controversias directas:
 - a) Litigios derivados de contratos específicos de transición, adaptación o mitigación suscritos para cumplir objetivos o compromisos específicos en materia de cambio climático. Un ejemplo sería un litigio entre un propietario y un contratista en relación con la construcción de un campo de paneles solares que se está construyendo con el objetivo de alcanzar los objetivos de reducción de emisiones del Acuerdo de París. El propietario se niega a pagar, alegando que la producción del campo no cumple con las especificaciones reglamentarias necesarias para obtener la aprobación gubernamental final.
 - b) Litigios derivados de contratos más generales en los que, por ejemplo, la ejecución contractual se ha visto afectada por las respuestas de las partes a los cambios en las leyes y reglamentos nacionales; o por los impactos ambientales del propio cambio climático. Un ejemplo de esta categoría (aunque estos casos podrían surgir en cualquier sector) sería una disputa entre un fabricante de automóviles que requiere un gas refrigerante de una especificación concreta para cumplir la normativa sobre emisiones. Debido a una catástrofe natural que afectó a la capacidad de producción de su proveedor, el fabricante recibió un gas que no cumplía esas especificaciones, lo que hizo que las autoridades le obligaran a suspender la entrega de un gran número de vehículos. El fabricante, a su vez, pide una indemnización a su proveedor.
- ii) Controversias indirectas: Litigios que las partes han acordado someter a arbitraje después de que haya surgido la controversia. Por ejemplo, un litigio entre una población indígena y una empresa de infraestructuras en el que las actividades de esta última han tenido un impacto medioambiental; y las partes acuerdan resolverlo a través del arbitraje (aunque existen numerosos ejemplos de reclamaciones presentadas ante los tribunales nacionales –el caso *Urgenda contra el Gobierno holandés* es un ejemplo–, no todos los tribunales nacionales están bien situados para resolver este tipo de litigios, por lo que el arbitraje puede ofrecer una solución viable y conveniente en estos casos)⁹⁷.

25. Por consiguiente, en el caso de los litigios relacionados con el cambio climático, como en cualquier otro litigio, se requiere un acuerdo de arbitraje entre las partes. Dado que el arbitraje es un método acreditado en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de las políticas de cambio climático (como la energía, la construcción, los sistemas industriales y las infraestructuras), las cláusulas de arbitraje se utilizan a menudo en estos sectores. En los litigios en los que las partes no tienen una relación preexistente (como el ejemplo de la tercera categoría anterior), sería necesario un acuerdo posterior a la aparición de un litigio. Estos acuerdos pueden ser cada vez más comunes, sobre todo porque las partes intentan evitar costosos procedimientos paralelos que pueden dar lugar a decisiones contradictorias.

Dentro de las ventajas del arbitraje en los litigios relacionados con el cambio climático el Informe del Grupo de Trabajo de la CCI de 2019 señala que, además de ofrecer la ventaja de un foro neutral,

⁹⁷ *Vid. supra*, n° 10.

el arbitraje se beneficia de la Convención de Nueva York, que permite un amplio reconocimiento y ejecución transfronterizos de los laudos arbitrales. Dada la probable presencia de Estados y entidades estatales como partes, la neutralidad del arbitraje internacional aumenta su idoneidad. El grueso del Informe se centra en cómo se pueden adaptar varias características procesales específicas del arbitraje para que se adapte mejor a las controversias relacionadas con el cambio climático⁹⁸.

Los mecanismos y características descritos en el Informe confirman que el arbitraje es un foro adecuado y accesible para la resolución de controversias relacionadas con el cambio climático, lo que hace presagiar que el arbitraje tendrá un papel importante en este ámbito.

Por último, el Informe de la CCI refleja la tendencia y la urgencia crecientes en relación con las controversias relacionadas con el cambio climático, en circunstancias en que los países de esta región tendrán que prepararse para el calor extremo, las mareas de tempestad, el aumento del nivel del mar, el estrés hídrico, las tormentas de polvo y arena, y la desertificación. El Informe subraya la importancia de disponer de un foro apropiado para administrar dichas controversias. Aunque el Informe de la CCI no propone ningún cambio en el actual Reglamento de Arbitraje de la CCI, sus recomendaciones indican que en el futuro puede haber una tendencia creciente a desarrollar procedimientos específicos que regulen las controversias relacionadas con el cambio climático.

IV. Fortalezas del arbitraje internacional

1. Inherentes a la institución

26. A la pregunta de si el arbitraje comercial, concretamente sus reglas y sus principios, son realmente apropiados para resolver controversias sobre el cambio climático y el medio ambiente en sus distintas dimensiones debe responderse positivamente. Indudablemente la flexibilidad y el internacionalismo inherentes al proceso arbitral hacen que esta institución sea un método de resolución de conflictos adecuado para este tipo de disputas, que casi siempre manifiestan una dimensión transfronteriza. Pero el arbitraje ofrece además ventajas significativas, proclamadas con reiteración por que los centros de arbitraje, suficientemente evidentes para demostrar una tendencia a la extensión de su ámbito de actuación a esta materia. Al lado de la aplicación eficaz de las normas rectoras en la materia gran parte de los laudos pronunciados en esta materia son igualmente vitales para frenar los principales problemas medioambientales.

Como mecanismo de resolución de disputas, el arbitraje está bien diseñado para dar cabida a aquéllas relacionadas con el cambio climático brindando un foro internacional uniforme que puede ser particularmente valioso en los casos que giran en torno a los acuerdos internacionales como el Acuerdo de París, así como la capacidad de utilizar expertos designados por las partes que pueden integrarse en los procedimientos en una etapa temprana y ayudar al tribunal a centrarse y definir las cuestiones climáticas pertinentes. Las características del arbitraje comercial lo hacen especialmente al aportar importantes dosis de neutralidad, suministrar un procedimiento flexible adaptable a las necesidades de una disputa climática concreta y garantizar la ejecutabilidad de los laudos beneficiándose de la cobertura mundial de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.⁹⁹ Ofrece, en efecto, una gran flexibilidad y libertad a las partes permitiéndoles elegir un tribunal arbitral de uno o más árbitros y nombrar árbitros con experiencia y conocimientos en derecho ambiental o de los recursos naturales, aunque presenta *prima facie* el inconveniente de la consiguiente falta de accesibilidad a los terceros y al público en general sobre la idoneidad de este foro para la resolución de disputas medioambientales.

⁹⁸ El Informe de la CCI acepta que los tribunales arbitrales están obligados a cumplir con el derecho aplicable y las normas obligatorias que las partes hayan acordado. Sin embargo, sugiere que con la evolución de las leyes internacionales y nacionales en el desarrollo de compromisos y políticas específicas sobre el cambio climático, los tribunales arbitrales están obligados a dar mayor consideración a dichos instrumentos. Un ejemplo notable, en un contexto de tratado de inversión, es el Tratado Bilateral de Inversión Modelo de los Países Bajos de 2018, que hace referencia expresa al Acuerdo de París.

⁹⁹ T. GRANIER, J. GRIERSON y S. KARSSENTILS, "Arbitration Helping or Hindering the Protection of the Environment and Public Health?", *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021. pp. 327-344.

27. Resaltan muchas significativas ventajas del arbitraje en la solución de las controversias climáticas, ofreciendo una gran oportunidad para que el Derecho regulador de esta materia, tanto desde su vertiente interna como internacional, proporcione la certidumbre y el estímulo que tanto necesita el sector privado para movilizar la importante inversión verde necesaria para apoyar el Acuerdo de París. Resulta verdaderamente útil contar con un foro internacional uniforme para los litigios relacionados con el cambio climático, lo que puede ser especialmente valioso. Veamos algunas manifestaciones:

- i) *Facilidades para la sustanciación del asunto*, Desde el punto de vista del procedimiento los tribunales arbitrales: a) junto con las partes, pueden diseñar los procedimientos de forma flexible y adaptarlos a la naturaleza o al objeto del litigio; b) pueden nombrar e interrogar a los peritos y utilizar las listas existentes en los Centro administradores seleccionar a los peritos adecuados. los tribunales arbitrales; c) separar aspectos del procedimiento y adoptar decisiones parciales sobre cuestiones específicas inherentes al cambio climático, identificando los aspectos controvertidos relacionados con el cambio climático; orientar a las partes a limitar el alcance de los alegatos y a aconsejarles que se centren en aspectos específicos del cambio climático. Asimismo, el arbitraje comercial ha incorporado por obra de numerosas administradores mecanismos como el arbitraje de urgencia (*fast-track arbitration, expedited procedure ...*) o adopción de medidas provisionales urgentes antes de la constitución de un tribunal arbitral con el nombramiento de un “árbitro de emergencia”, con facultades para conceder medidas provisionales en un plazo muy breve¹⁰⁰. que juegan un papel importante en la solución rápida. Teniendo en cuenta el rápido ritmo de los conocimientos científicos, la innovación y las nuevas tecnologías relacionadas con el cambio climático, la urgencia, la puntualidad y el evitar retrasos es primordial para resolver los litigios relacionados con el cambio climático. Esto también se debe al potencial impacto medioambiental sobre la población si las disputas no se resuelven en una fase temprana¹⁰¹.
- ii) *Ampliación del contenido de la ley rectora*. No es infrecuente que las partes especifiquen que la ley rectora de un contrato no es una ley nacional, sino el “Derecho internacional público”, los “principios generales del comercio internacional”, o alguna de sus versiones consolidadas como los “Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales inter-

¹⁰⁰ D. PARAGUACUTO-MAHÉO y C. LECUYER-THRIEFFRY, “Emergency Arbitrator: a New Player in the Field - The French Perspective”, *Fordham Int'l L. Rev.*, vol. 40, n° 3, 2017, p. 749-797; R. ALNABER, “Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement Get access Arrow”, *Arb. Int'l*, vol. 35, núm. 4, 2019, págs. 441-472. M. V. SÁNCHEZ POS, “Del juez al árbitro de emergencia: El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 11, n° 2, 2018, pp. 403-442. H.L. BRENDAN CASEY, “Ten Years Later: Why the ‘Renaissance of Expedited Arbitration’ Should Be the ‘Emergency Arbitration’ of 2020”, *J. Int'l Arb.*, vol. 37, n° 3, 2020, pp. 325-340.

¹⁰¹ El Reglamento de Arbitraje de la CCI y los reglamentos de otras instituciones arbitrales importantes ofrecen diversas características que pueden adoptarse o utilizarse para garantizar la rápida resolución de las controversias relacionadas con el cambio climático. Algunas de las características relevantes del Reglamento de Arbitraje de la CCI a este respecto son las siguientes Las partes y los tribunales arbitrales pueden adoptar ciertas técnicas de gestión de casos, por ejemplo, bifurcando el procedimiento o dictando uno o más laudos parciales sobre cuestiones científicas, técnicas u otras cuestiones especializadas clave relacionadas con el cambio climático, o identificando las cuestiones científicas, técnicas u otras cuestiones especializadas relacionadas con el cambio climático que deben decidirse únicamente sobre la base de documentos en lugar de mediante pruebas orales o argumentos jurídicos en una audiencia; Al acordar el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes pueden beneficiarse del uso del Procedimiento Acelerado de la CCI si el monto de la disputa no excede el límite de (a) 2 millones de dólares, si el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido en o después del 1 de marzo de 2017 y antes del 1 de enero de 2021, o (b) 3 millones de dólares, si el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido en o después del 1 de enero de 2021, o si las partes acuerdan otra cosa; Otras características relevantes vigentes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI incluyen (a) el arbitraje de emergencia, (b) las medidas cautelares y provisionales y, lo que es más importante, (b) otras técnicas de gestión del tiempo y de los costes, incluidas las establecidas en el Apéndice IV del Reglamento de Arbitraje de la CCI. *Vid.* S. Barona Vilar, “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n° 1, 2018, pp. 17-53; J. TARIJUELO, “Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration”, *Disp. Resol. Int'l*, vol. 11, núm. 2, 2017, págs. 105-115; M. BÜHLER y M. HEITZMANN, “The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball?”, *J. Int'l Arb.*, vol. 34, n° 2, 2017, pp. 121-148.

- nacionales”. Baste comprobar que el art. 21.2º del Reglamento de Arbitraje de la CCI se refiere tanto a las leyes nacionales como a los “usos comerciales” en relación con la elección de la ley aplicable. Estas invocaciones permiten a las partes en el arbitraje establecer las reglas que mejor se ajusten a las necesidades de su caso, desde el establecimiento de los tiempos para la presentación de los memoriales de las partes hasta la creación de reglas para la presentación de pruebas, la solicitud de documentos y la participación en las audiencias.
- iii) *Empleo de nuevas tecnologías*. La tecnología en el sector del arbitraje ha tenido un comienzo lento, ya que la mayoría de las audiencias de arbitraje siguen dependiendo de voluminosos paquetes de copias impresas. Aunque la tecnología se ha utilizado para ayudar en la investigación, la revisión de documentos, la presentación de pruebas, los legajos y la traducción, normalmente se limita a tareas bastante cotidianas. Hay una clara oportunidad de adoptar usos mucho más sofisticados de la tecnología, y esto ya se ha hecho en ciertos subsectores. Otros usos potenciales de la tecnología podrían incluir el uso de Blockchain para autenticar pruebas, algoritmos para procesar grandes volúmenes de datos y para calcular el precio o el quantum en controversias de gas y construcción. La tecnología también puede ayudar a mitigar los impactos ambientales del arbitraje internacional moderno, que implica copiosas cantidades de viajes, por ejemplo, optando por salas de audiencia virtuales. El uso de la tecnología debe ser acogido y no temido. Dicho esto, las oportunidades de adoptar los avances tecnológicos deben ir acompañadas de medidas para gestionar los riesgos asociados y nuevos. Deben aplicarse programas de protección de datos y gestión de riesgos de ciberseguridad, como la protección contractual, la formación del personal y las políticas de detección y análisis, la gestión y contención de las infracciones y la estrategia de relaciones públicas y resolución de conflictos¹⁰².
- iv) *Posibilidades de alcanzar un acuerdo transaccional*. Por último, la propia sustanciación de las actuaciones arbitrales propicia las posibilidades de que las partes puedan alcanzar una solución de mutuo acuerdo adelantándose al eventual laudo que debería emitir el tribunal utilizar expertos designados por las partes que pueden integrarse en el procedimiento en una fase temprana y ayudar al tribunal a centrarse y definir las cuestiones climáticas pertinentes. hay que recordar que las empresas están dispuestas a hacer tratos, no disputas, por lo que es necesario que el arbitraje desarrolle rápidamente canales de resolución atractivos que den confianza a las empresas para proceder con las transacciones sin el temor de verse envueltas en litigios largos y costosos.

2. Adaptaciones a la litigiosidad climática

A) Transparencia

28. Y estas ventajas no excluyen la posibilidad de adaptación para dar cabida a este nuevo tipo de disputas y asegurarse que sus soluciones sean lo suficientemente eficaces. Por ejemplo, mientras que la confidencialidad se ha considerado tradicionalmente como una ventaja importante del arbitraje, las disputas que implican elementos relacionados con el cambio climático podrían tener una dimensión de interés público y como tales requerir mayor transparencia¹⁰³. En efecto, un obstáculo para el empleo del

¹⁰² E. MONTAÑA ZORRILLA, “Towards a Credible Future: Uses of Technology in International Commercial Arbitration”, *German Arb. J.*, vol. 16, nº 2, 2018, pp. 106-114.

¹⁰³ Para los arbitrajes de la CCI, la publicación de los laudos ha sido un obstáculo en el sector que estamos estudiando, sin embargo, si las partes se sienten incómodas con la publicación de los laudos en su totalidad, los detalles del laudo pueden ser redactados o publicados sólo en parte. Dado que la gran mayoría de los arbitrajes comerciales son confidenciales, es difícil identificar las tendencias con respecto al tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente por parte de los tribunales. El impulso global para una mayor transparencia en el arbitraje comercial puede dar lugar a una mayor publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro.

arbitraje en los litigios relativos al cambio climático aparecen con la falta de transparencia. En efecto, el arbitraje comercial es confidencial y los laudos no se publican como acontece, con carácter general, por lo tanto, la influencia de los precedentes es reducida. Las tendencias decisorias son difíciles de predecir en el arbitraje comercial dada la prevalencia de los acuerdos de confidencialidad entre las partes. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con la acción contra el cambio climático y el cumplimiento de la normativa relacionada con el medio ambiente pueden ser cada vez más comunes en el arbitraje comercial, dados los sectores industriales que tienen una fuerte preferencia por el arbitraje, como los sectores de la energía y la construcción. Acaso ciertas características del arbitraje podrían mejorarse para hacer frente a los litigios medioambientales, incluida la norma de confidencialidad y la inclusión de terceros en los litigios arbitrales. Mientras que, en general, la confidencialidad se considera un elemento esencial del arbitraje, las controversias sobre el cambio climático implican consideraciones de interés público y, por lo tanto, se argumenta que las controversias relacionadas deberían estar sujetas a obligaciones de confidencialidad menos estrictas. Es de esperar que el impulso mundial a favor de una mayor transparencia en el arbitraje comercial se traduzca en un aumento de la publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro. Esto probablemente llevaría a un mayor uso de este mecanismo.

La publicación de los laudos también podría ayudar a otros a no cometer los mismos errores que llevaron a la disputa en cuestión y conducir a la creación de clases modelo para la resolución de disputas relacionadas con el cambio climático. Sin embargo, es probable que muchas empresas se sientan incómodas con la publicación de los laudos, lo que podría disuadirlas de recurrir al arbitraje y orientarlas hacia otras formas de resolución de conflictos, por lo que será necesario encontrar un compromiso aceptable. Los postulados de privacidad y confidencialidad se originan principalmente en los fundamentos del arbitraje comercial internacional, pero también se ha trasladado en gran medida al contexto de las inversiones¹⁰⁴. Antes de profundizar en la aplicación de la confidencialidad con respecto a los litigios medioambientales, es necesario abordar el concepto del deber implícito de confidencialidad. Resulta especialmente interesante observar cómo el nivel de confidencialidad exigido en el arbitraje “comercial” difiere enormemente según los países¹⁰⁵. Asimismo, en el arbitraje comercial, los laudos arbitrales no suelen ser objeto de publicidad, y los propios procedimientos aún menos. Sin embargo, aunque se deriven de contratos comerciales, una proporción cada vez mayor de arbitrajes comerciales implican cuestiones de interés público, sobre todo cuando los Estados o las entidades estatales son partes. En consecuencia, “la distinción entre lo público y lo privado entre el arbitraje de tratados y el de contratos puede ser exagerada”, ya que este último “puede tener tanto impacto en el orden público y las finanzas del Estado como el arbitraje entre inversores y Estados”. En las disputas relacionadas con el cambio climático, es probable que haya una presión creciente para la divulgación de información incluso en el arbitraje comercial debido a las implicaciones de orden público, sobre todo cuando los miembros del público se ven directamente afectados por los impactos ambientales del cambio climático¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: “*There is a general understanding among the Members of the Investment Committee that additional transparency, in particular in relation to the publication of arbitral awards, subject to necessary safeguards for the protection of confidential business and governmental information, is desirable to enhance effectiveness and public acceptance of international investment arbitration, as well as contributing to the further development of a public body of jurisprudence. Members of the Investment Committee generally share the view that, especially insofar as proceedings raise important issues of public interest, it may also be desirable to allow third party participation, subject however to clear and specific guidelines*”. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor–State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1 [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf] Vid. C. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, 2003, pp. 121 ss; I. IRURETAGOIEÑA AGIRREZABALAGA, “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, nº 1, 2008, pp. 139–164.

¹⁰⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, nº 2, 2009,

¹⁰⁶ Así, el informe de la CCI señala que “*Increasing transparency of arbitral proceedings could assist in enhancing the perception of legitimacy of those proceedings with broader stakeholders, such as in investor–state dispute resolution, but also in other areas. This will be particularly so if arbitral proceedings concern broader policy issues, such as climate policy and*

29. Consideraciones muy similares pueden aportarse se intenta plantear la cuestión del “interés público” para acceder a los registros de un procedimiento, con diferentes enfoques y fundamentos en las distintas jurisdicciones. Además, aunque se pueden extraer algunas lecciones de la experiencia del arbitraje de inversiones, el hecho es que las normas actuales de todas las cámaras antes mencionadas todavía se enfrentan a desafíos cuando se trata de proporcionar información al público¹⁰⁷.

Una mayor transparencia en relación con los litigios relacionados con el cambio climático podría lograrse mediante: a) la apertura de los procedimientos al público, incluyendo la publicación de las presentaciones, las decisiones procesales y las audiencias, o b) la publicación (o incluso la publicación redactada) de los laudos.

El interés público en las controversias relacionadas con el cambio climático y la probable participación frecuente de los Estados y las entidades estatales probablemente aumentará el impulso hacia una mayor divulgación y transparencia, incluso en las controversias comerciales. El arbitraje ofrece la flexibilidad procesal necesaria para satisfacer estas demandas. La transparencia puede lograrse principalmente de dos maneras: permitiendo el acceso público a los procedimientos (incluidos los escritos, las decisiones procesales y las audiencias), y publicando los laudos (aunque estén parcialmente redactados). En caso de que las partes se muestren reticentes a dicha divulgación, se puede solicitar la orientación del tribunal para proteger la información sensible.

El impulso global para una mayor transparencia en el arbitraje comercial puede dar lugar a una mayor publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro.

B) Participación de terceros: *amicus curiae*

30. La compleja naturaleza de los litigios sobre el cambio climático puede beneficiarse de la participación de terceros, por ejemplo, ciudadanos o poblaciones afectados. Al igual que en el caso del peritaje y la transparencia, cualquier participación de terceros en el proceso arbitral requiere el consentimiento expreso de las partes. Con las iniciativas de las ONG y el posterior apoyo de algunos Estados se han producido cambios en el proceso de arbitraje para permitir una mayor transparencia y participación de terceros en los litigios entre inversores y Estados. Hasta ahora, las reformas han sido en gran medida ad hoc, aunque parece poco probable que los futuros tribunales vayan en contra de la tendencia general en este ámbito¹⁰⁸.

associated environmental impacts”, ICC Commission Report, Resolving Climate Change..., *loc. cit.*, n° 5.69. En esta dirección el Grupo de trabajo sugiere que “*Increased transparency in relation to climate change related disputes could be achieved in two main ways: (i) opening the proceedings to the public, including in the publication of submissions, procedural decisions and hearings; and (ii) publication (or even redacted publication) of awards*”, *ibid.*, n° 5.70. Cabe retener que la CCI ya permite cierto grado de transparencia en los arbitrajes bajo su égida al publicar los nombres y las nacionalidades de los árbitros, su función dentro de un tribunal y el método de nombramiento, el sector de la industria implicado y los abogados que representan a las partes en el caso. Además, a petición de cualquiera de las partes, puede comunicar a las partes los motivos de determinadas decisiones administrativas. Por último, los laudos de la CCI a partir del 1 de enero de 2019 podrán publicarse, aunque generalmente después de al menos dos años de su notificación a las partes, sin que ninguna de ellas se oponga (ICC, “Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Realización del Arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de la ICC”, 1 de enero de 2019, párrs. 40-46 [https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf]).

¹⁰⁷ Aparte de los centros de arbitraje, también es probable que en el futuro las propias partes, especialmente las grandes empresas, quieran ofrecer más transparencia en los arbitrajes en los que participan. Los comentaristas han propuesto que las inversiones relacionadas con el medio ambiente, la sociedad y la gobernanza (ESG) podrían tener beneficios sociales, aunque pueden estar asociadas a una menor rentabilidad esperada. Sin embargo, si se utiliza junto con el marco propuesto por el Grupo de Trabajo sobre Divulgación Financiera Relacionada con el Clima (TCFD), que se centra en la divulgación de las implicaciones financieras de los riesgos y dependencias relacionadas con el clima en lugar de revelar los impactos de una empresa en el cambio climático, las posibilidades de mejorar la transparencia en los litigios relacionados con el cambio climático podrían aumentar. Por ejemplo, algunas jurisdicciones, como el Reino Unido y Brasil, ya han puesto en marcha normativas alineadas con el TCFD que entrarán en vigor el 6 de abril de 2022 y el 1 de febrero de 2023, respectivamente.

¹⁰⁸ K.S. TIENHAARA, “Third Party Participation in Investment–Environment Disputes: Recent Developments”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 16, n° 2, 2007, pp. 230–242.

Algunas de las ventajas de utilizar el arbitraje para resolver conflictos de interés público con terceros son la limitación de múltiples procedimientos al ofrecer un foro único, neutral y eficiente y la oferta por parte de un inversor de un foro arbitral para las reclamaciones de las partes interesadas potencialmente afectadas como medio para abordar la oposición local o política a un proyecto o para satisfacer ciertos requisitos legales con el fin de permitir que el proyecto siga adelante.

Las opiniones de terceros también pueden abordarse mediante la adhesión de partes adicionales o un escrito de *amicus curiae*¹⁰⁹.

Las perspectivas del arbitraje comercial para resolver este tipo de controversias relacionadas con el cambio climático pueden depender de su “aceptabilidad social”. A este respecto, el citado informe de la CCI señala que hay margen de mejora en varios aspectos. Una forma de hacerlo puede ser permitiendo cierto nivel de participación de terceros en lo que, de otro modo, es un proceso privado, por ejemplo, permitiendo que los *amicus curiae* proporcionen información a los tribunales de arbitraje¹¹⁰. Como se menciona en el Informe de la Comisión de la CC, las controversias relacionadas con el cambio climático pueden implicar asuntos de interés público que afectan a los ciudadanos o a las poblaciones. Por ello, sería útil la aplicación de un conjunto uniforme de normas que regulen su participación. En el ámbito del arbitraje comercial, los mecanismos habituales para la participación de terceros son la adhesión de partes adicionales y la consolidación de procedimientos. Todos los Centros considerados tienen disposiciones específicas sobre ambas. Sin embargo, siempre que se plantea la cuestión de la participación en el procedimiento de una parte no signataria del acuerdo de arbitraje, la respuesta se reduce al consentimiento.

31. Estos mecanismos pueden no ser la herramienta adecuada para aportar transparencia cuando se trata de litigios indirectos sobre el cambio climático. Esto se debe a que la parte que pretende intervenir puede no tener ningún interés en la demanda en sí, sino que simplemente está interesada en las implicaciones medioambientales de la disputa, tanto si éstas eran las previstas por las partes originales del procedimiento arbitral como si no.

De hecho, los informes muestran que los grupos de interés público y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) han iniciado varios litigios con el objetivo de hacer que los Estados rindan cuentas sobre los compromisos relacionados con el cambio climático. Siguiendo el mismo razonamiento, no es descabellado preguntarse si los litigios de arbitraje comercial que implican a grandes empresas son los siguientes.

Una alternativa puede residir en un mecanismo que a menudo se pasa por alto en el arbitraje comercial: la participación del *amicus curiae*. Común en el mundo del arbitraje de inversiones¹¹¹, los reglamentos sobre arbitraje comercial suelen carecer de disposiciones sobre este tema¹¹². Debido a esto, se sostiene que hay muy poca base para que un tribunal permita la participación de *amicus curiae* en un arbitraje comercial internacional sin el consentimiento de las partes. Teniendo en cuenta que en las controversias sobre el cambio climático puede haber preguntas sobre proyectos o programas de transición, mitigación y adaptación capaces de impactar en las poblaciones locales y en los ecosistemas circundantes, es importante que la comunidad arbitral desarrolle instrucciones en esta área. Esto se corrobora si se considera que las presentaciones de *amicus curiae* por sí solas, sin un acceso total al arbitraje, no son suficientes para garantizar la transparencia y la legitimidad que el asunto merece.

¹⁰⁹ Salvo acuerdo en contrario, el Reglamento de Arbitraje de la CCI permite a las partes solicitar la adhesión de otras partes (art. 7), así como presentar reclamaciones contra otras múltiples partes (art. 8) en relación con múltiples contratos (artículo 9). Alternativamente, con el acuerdo de las partes en el arbitraje, las personas que no son partes pueden ser escuchadas en un arbitraje que surja de controversias relacionadas con el cambio climático a través de una presentación de *amicus curiae*. Además, “de conformidad con el art. 25.3º Reglamento, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, adoptar medidas para permitir las presentaciones orales o escritas de los *amicus curiae* y de las partes no contendientes (CCI, “Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Realización...”, *loc. cit.*, párr. 178)

¹¹⁰ En la práctica de arbitraje de la CCI “el tribunal arbitral podrá, tras consultar con las partes, adoptar medidas para permitir la presentación de alegatos orales o escritos por *amicus curiae* y partes no contendientes” (*ibid.*, párr. 143).

¹¹¹ F.J. PASCUAL VIVES, “La institución de *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. 27, 2011, pp. 353-396.

¹¹² E. LEVINE, “*Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 29, nº 1, 2011, pp. 200-224.

La naturaleza y las consecuencias del cambio climático pueden llevar regularmente a preguntarse si se debe permitir la participación en el arbitraje de otras partes interesadas, como los ciudadanos o las poblaciones afectadas y las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales. Naturalmente, el consentimiento claro y expreso de las partes interesadas, el debido proceso y la importancia de evitar la interrupción de los procedimientos siguen siendo primordiales. En este sentido, el Informe aborda la incorporación de partes adicionales y la consolidación de procedimientos compatibles. Además, se aborda la presentación de escritos de *amicus curiae* -que no es infrecuente, por ejemplo, en el arbitraje de inversiones-.

C) Especialización

32. El arbitraje ofrece a las partes la posibilidad de designar como árbitros a expertos jurídicos, técnicos o científicos en el ámbito del cambio climático o de participar en el procedimiento como peritos.

Dentro de este proceso de adaptación se espera que los árbitros comprendan, de una vez por todas, el trasfondo de las cuestiones relacionadas con el cambio climático y conozcan el entorno normativo, judicial y de política pública del contrato objeto de la disputa. Los abogados (en general, y ciertamente en este momento) no son especialistas en la ciencia del cambio climático. Por lo tanto, tendrán que adquirir suficientes conocimientos científicos para poder entender la terminología, juzgar la exactitud y detectar el lenguaje ecologista. La comprensión científica de las cuestiones relacionadas con el cambio climático es especialmente importante cuando hay un desacuerdo entre los expertos designados por las partes, ya que los árbitros deben ser capaces de navegar con confianza por las pruebas y opiniones científicas. Y aunque los árbitros tienen amplios poderes para investigar los hechos, de modo que puedan tomar decisiones que sean correctas desde el punto de vista técnico y legal, el tiempo y el coste de llegar a la conclusión correcta deben equilibrarse con la necesidad comercial de una decisión acertada. Los árbitros que entienden las cuestiones que se debaten podrán llegar a conclusiones más rápidamente.

Una característica esencial a la hora de arbitrar controversias relacionadas con el cambio climático es la capacidad de garantizar que las partes y los tribunales dispongan de la experiencia adecuada a la hora de entender la controversia y sus técnicas específicas de resolución. Garantizar la disponibilidad de los conocimientos técnicos adecuados es, sin duda, la característica más importante del arbitraje de disputas relacionadas con el cambio climático. Esta experiencia puede ser proporcionada a través de la designación de árbitros con experiencia relevante, expertos designados por las partes, expertos designados por el tribunal y a través de la determinación de expertos. Por eso, una característica común a los arbitrajes comerciales es que, debido a la complejidad técnica de los litigios sobre el cambio climático, suelen requerir el recurso a expertos adecuados. Las instituciones arbitrales ponen remedio a esta cuestión, ya que prevén medidas para facilitar el acceso de las partes a los conocimientos de los expertos. Por ejemplo, el Reglamento de Medio Ambiente de la CPA prevé el establecimiento de una lista de árbitros con conocimientos medioambientales y una lista de expertos científicos y técnicos disponibles para su nombramiento como peritos. Las partes en una disputa pueden, pero no están obligadas a, elegir árbitros, conciliadores y peritos de estos Paneles. El Informe de la CCI de 2019 también anima a las partes a seleccionar árbitros con experiencia en cambio climático de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Además de los árbitros, las partes o un tribunal pueden nombrar peritos de la base de datos del Centro de ADR de la CCI, que incluye, entre otros, expertos en cambio climático.

Podría decirse que la característica más importante a la hora de arbitrar controversias relacionadas con el cambio climático es la capacidad de garantizar que las partes y los tribunales dispongan de la experiencia adecuada a la hora de entender la controversia y sus técnicas específicas de resolución. El Reglamento de Arbitraje de la CCI permite a las partes influir de forma decisiva en la elección de sus árbitros, especialmente en lo que se refiere a la competencia y habilidad. Cuando se trata de peritos, el Centro Internacional de ADR de la CCI realiza una búsqueda a medida en cada caso para identificar a las personas que se ajustan a los criterios particulares del caso. Además, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CCI y de la práctica de resolución de disputas, existen varias características adicionales -como el uso de cláusulas de resolución de disputas escalonadas con el fin de resolver la disputa antes de que se

inicie un arbitraje; el arbitraje de emergencia; las medidas cautelares y provisionales; y otras técnicas de gestión de tiempo y costes- que pueden utilizarse en función de las necesidades particulares de su caso.

Dado el carácter técnico de muchos litigios medioambientales, la posibilidad de designar árbitros y expertos con los conocimientos pertinentes hace que el foro sea especialmente atractivo. Además, la capacidad de agilizar los procedimientos y de aplicar medidas cautelares y provisionales lo convierte en un foro adecuado para la resolución de litigios relacionados con el cambio climático, especialmente los que implican daños potencialmente irreversibles para el medio ambiente. En efecto, no todos los arbitrajes relacionados con el cambio climático funcionan, o funcionarán, como un “escudo” contra la acción climática. Es evidente que estos procedimientos pueden servir de facto, intencionadamente o no, como “espada” para la acción climática, es decir, para forzar o inducir la adopción o el refuerzo de medidas medioambientales. En estos litigios relacionados con el cambio climático, los demandantes pueden solicitar medidas cautelares y compensatorias¹¹³

El Informe de la CCI recomienda que la Corte de Arbitraje de la CCI mantenga una lista formal de peritos, en línea con la práctica de la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”). A partir de julio de 2018, el Reglamento de Medio Ambiente de la CPA proporciona una lista de 25 árbitros ambientales especializados y 17 expertos ambientales técnicos y científicos. En la actualidad, la Corte de Arbitraje de la CCI solo mantiene una base de datos abierta de peritos en diferentes áreas, por ejemplo, contabilidad, finanzas, ingeniería, tecnología de la información, construcción y energía.

D) Gestión de los costes

33. Los litigios relacionados con el cambio climático y el medio ambiente pueden implicar a partes con poco o ningún acceso a recursos económicos para financiar un procedimiento judicial prolongado y complejo, y señala que las normas de arbitraje suelen ofrecer suficiente latitud y flexibilidad para que las partes puedan sortear las dificultades de financiación a las que pueden enfrentarse. Por ejemplo, los anticipos pueden ser cubiertos por una sola de las partes en el arbitraje y el tribunal puede fijar dichos costes y asignarlos, teniendo en cuenta los rasgos específicos de la disputa y la conducta y posición de las partes. Aunque redactadas de forma diferente, las directrices sobre gastos admisibles adoptadas por muchas otras instituciones arbitrales están redactadas de forma que sugieren que los costes de compensación de carbono podrían ser recuperables. A modo de ejemplo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Junta de Arbitraje Comercial de Corea y la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de China prevén el reembolso de los costes o gastos razonables en los que se haya incurrido, lo que podría incluir los costes de compensación de carbono. Otras instituciones utilizan una redacción ligeramente más restrictiva, que podría interpretarse como la exclusión del reembolso de los costes de compensación de carbono, en particular cuando las directrices institucionales pertinentes se refieren a los costes “reales” o “necesarios” de los viajes de los árbitros.

Para evitar que muchas reclamaciones legítimas no se llevan a cabo, o se resuelven por menos de su valor, debido a las prioridades de inversión financiera de la parte reclamante, el arbitraje vinculado al cambio climático requiere un completo capítulo en acerca de de la financiación de terceros (TPF)¹¹⁴, pues estos litigios implican volúmenes considerables de pruebas, tanto en forma de documentos como de informes de expertos, y por ello tienden a desarrollarse durante un tiempo considerable.

V. El arbitraje como foro adecuado para la consecución de la justicia climática

34. El cambio climático es una realidad que ya no puede ser ignorada pues amenaza la paz mundial, la seguridad internacional y la soberanía territorial, pero los múltiples acuerdos medioambientales

¹¹³ P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes...”, *loc. cit.*, pp. 464-480

¹¹⁴ P. McDONALD, “Third party funding of climate change arbitration”, *PinsentMasons, Out-law / your daily need-to-know*, 5 abril 2022 [< <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/third-party-funding-climate-change-arbitration>>].

suscritos por los Estados, no son suficientes para hacer frente a este preocupante fenómeno, por eso es necesario acudir a las diversas manifestaciones de la “justicia climática”, que llevan practicándose en los últimos años. Dicha justicia climática se encuentra por el momento en una fase iniciática y los tribunales estatales no son siempre capaces de suministrar una resolución óptima a los litigios, pero no puede ignorarse que los jueces nacionales están, en general, adaptando con éxito su función tradicional de administración de justicia a los nuevos retos que plantean este tipo de litigios fallando en ocasiones en contra de sus propios gobiernos en aplicación de sus principios.

Indudablemente esta particular manifestación de la conflictividad internacional continuará instigando, influyendo y fortaleciendo el diálogo para obligar a la sociedad civil, a las entidades privadas y, lo que es más importante, a los actores políticos a tomar medidas climáticas significativas¹¹⁵. No obstante, para alcanzar un enfoque adecuado, la crisis climática exige soluciones creativas y no excesivamente complejas se precisan no sólo prácticas respetuosas con el clima, sino que permitan el mantenimiento del papel esencial del arbitraje en la resolución de controversias ahorrando tiempo y dinero a los usuarios¹¹⁶. Más allá de las reclamaciones por daños y perjuicios¹¹⁷, los litigios relacionados con el cambio climático han evolucionado configurando una nueva y diversa categoría de acciones relacionadas directamente con este fenómeno donde las empresas y los gobiernos se enfrentan ahora a decisiones inesperadas con graves implicaciones en las operaciones comerciales, ya que los tribunales siguen ampliando su papel para facilitar el cambio normativo

Dentro de esta nueva categoría, el recurso a las jurisdicciones nacionales sigue resultando insuficiente. Situaciones como aquellas en las que una multiplicidad de víctimas buscan reparación de una pluralidad de demandados, cuando complejas cuestiones científicas, financieras o jurídicas transfronterizas requieren conocimientos especializados transnacionales, o cuando la ejecución de la decisión tendrá lugar en otra jurisdicción o en jurisdicciones distintas a la del foro, por poner sólo algunos ejemplos, pueden recibir mejor respuesta en el arbitraje que la jurisdicción.

Semejante limitación conduce a que los tribunales de arbitraje desempeñen un papel cada vez más importante en la resolución de litigios relacionados con el cambio climático. No sólo proporcionan un foro neutral para las partes implicadas, sino que también les permiten aportar la experiencia necesaria a los procedimientos y diseñarlos de una manera especialmente adaptada a sus necesidades y a los requisitos de los litigios relacionados con el cambio climático. A medida que el mundo evoluciona, el arbitraje se adapta a las necesidades y desarrollos de los mercados emergentes cada día son más las oportunidades de crecimiento en esta área¹¹⁸. El arbitraje sirve como un método alternativo de resolución de disputas que une conceptos opuestos y ayuda a desarrollar nuevas industrias. Aunque los tribunales

¹¹⁵ L. ELBOROUGH, “International climate change litigation: Limitations and possibilities for international adjudication and arbitration in addressing the challenge of climate change”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 21, 2017, pp. 89–131

¹¹⁶ S. WILSKE y Z. BANK, “Is There an (Emerging) Ethical Rule in International Arbitration to Strive for More Climate Friendly Proceedings?”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 14, nº 2, 2021, pp. 155–184.

¹¹⁷ Resulta frecuente en los arbitrajes relacionados con el cambio climático la aparición de cuestiones relacionadas con el quantum, incluso con respecto a la base de valor adecuada, la proximidad, la previsibilidad y los esfuerzos de mitigación. La base de valor más común en el arbitraje es el valor de mercado (o valor justo de mercado): la cantidad monetaria esperada por la que un comprador y un vendedor dispuestos y con el conocimiento adecuado intercambiarían libremente en una transacción en condiciones de igualdad. Puede darse el caso de un riesgo diversificable existe en el caso de un activo físico situado en una zona costera baja se enfrenta a una amenaza material de subida del nivel del mar e inundaciones. En tal caso lo más apropiado sería incorporar estos riesgos a la tasa de descuento, tal vez a través de las primas de riesgo de las acciones o del país o de otros componentes de la tasa de descuento. *Vid.* A. DE BOSSART, “Initial Views on Approaches to Quantum in Climate Change-Related Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 13 octubre 2020

¹¹⁸ La práctica demuestra la existencia de casos que han tenido graves repercusiones sobre terceros fuera del ámbito del acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, en el Caso CCI nº 14.297 ICC Case No. 14297. J.–J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 2008 – 2011*, Kluwer Law, International (2013), pp. 879–884, el tribunal arbitral consideró que un proveedor de servicios de ingeniería medioambiental, encargado de ayudar a una empresa metalúrgica prestándole servicios destinados a desarrollar medidas de protección del medio ambiente y a mejorar su eficiencia energética, podía solicitar una indemnización por una supuesta rescisión abusiva de su contrato. Del mismo modo, los árbitros del Caso CCI nº 12.727 de la CCI condenaron a una empresa encargada de la descontaminación de un lugar contaminado por no haber garantizado el cese de las emisiones de gas de vertedero en ese lugar. *Vid.* P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes”, *loc. cit.*, p. 470.

arbitrales no pueden obligar a los gobiernos o los actores del mercado a actuar de una manera particular, contribuyen al proceso ejerciendo una presión sustancial al responsabilizar financieramente a los actores cuando no cumplen con sus obligaciones.

35. El arbitraje, en efecto, está ocupando una posición privilegiada para promover intereses legítimos en la mitigación del cambio climático y se encuentra en una posición única para adaptarse, lo que incluye permitir la elección y aplicación de leyes aplicables específicas, incluidos los instrumentos sobre el cambio climático, y la elección y el nombramiento de árbitros y expertos con experiencia científica y en la materia. A medida que aumentan las controversias relacionadas con la energía, la construcción o uso de la tierra, han quedado afectados varios aspectos del “mercado” del arbitraje, pero éstos se van acodando por lo general de manera satisfactoria. Concretamente el arbitraje internacional es una herramienta que puede desempeñar un papel fundamental a la hora de ayudar a conseguir, o incluso obstaculizar, la consecución de los objetivos de mitigación, adaptación y resiliencia al cambio climático a nivel mundial, así como su financiación, de acuerdo con los objetivos del Acuerdo de París de 2015. Conviene por ello prestar atención al papel que debe desempeñar el arbitraje respecto los operadores del arbitraje en la configuración y adaptación del Derecho internacional para responder a la crisis climática¹¹⁹.

El objetivo del mecanismo arbitral en alternancia con otros ADR, pues su empleo puede ser más eficaz cuando se combina con otros métodos de resolución de conflictos no judiciales, como la mediación¹²⁰, es desarrollar la capacidad de considerar seriamente las cuestiones de interés público y las preocupaciones medioambientales que a menudo están en juego, al tiempo que se resuelven con justicia las reclamaciones de los inversores perjudicados por la acción del Estado. Se trata de considerar la posible obligación ética emergente en el arbitraje internacional de esforzarse por conseguir procedimientos más respetuosos con el clima.

A medida que las recientes catástrofes provocadas por el cambio climático en todo el mundo se ha hecho evidente que el cambio climático es un problema grave que debe abordarse ahora y que no puede demorarse. Teniendo esto en cuenta deberá prestarse atención a si existe una obligación ética emergente en el arbitraje internacional para contar con procedimientos más respetuosos con el clima y esbozar su contenido.

Las controversias sobre el cambio climático son ya una realidad correspondiendo a la comunidad arbitral la responsabilidad de acomodarlas adecuadamente pues, la crisis del cambio climático exige a la comunidad del arbitraje internacional que cambie su forma de actuar y arbitre de una manera mucho más respetuosa con el medio ambiente. El creciente interés público en relación con la protección del medio ambiente ha dado lugar a la proliferación de leyes, reglamentos y tratados destinados a hacer frente a las amenazas al medio ambiente. Como resultado, podemos esperar que el arbitraje sobre el cambio climático siga creciendo paralelamente en el marco comercial y de inversiones. Será interesante comprobar cómo la práctica del arbitraje sigue respondiendo a esta área de crecimiento pues una parte considerable de los procedimientos arbitrales actuales procede de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero poniendo en cuestión si las normas institucionales de arbitraje están bien construidas para tratar ese tipo de casos.

36. Debe descartarse la identificación del arbitraje comercial en el contexto del cambio climático con el arbitraje de protección de inversiones, pues el primero también tiene un papel muy importante que desempeñar. Baste atender a que una parte considerable de los procedimientos arbitrales actuales procede de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Presentan, sin embargo, una nota común, que en su origen no fueron concebidos como un instrumento para la protección del medio ambiente u otros intereses generales o públicos, sino que fueron acomodándose a dicha protección. Las perspectivas del arbitraje comercial para resolver disputas relacionadas con el cambio climático pueden

¹¹⁹ L. GREENWOOD, “The Canary Is Dead: Arbitration and Climate Change”, *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021, pp. 309–326.

¹²⁰ A. SPAIN, “Beyond Adjudication: Resolving International Resource Disputes...”, *loc. cit.*, pp. 343–390.

depender de su “aceptabilidad social”, y las instituciones arbitrales han intentado mejorar la percepción pública de su trabajo permitiendo cierto nivel de participación de terceros en lo que, de otro modo, es un proceso privado, por ejemplo, a través de *amicus curiae* para proporcionar información a los tribunales arbitrales o aumentando la transparencia de los procedimientos arbitrales o abriéndolos al público, incluso en la publicación de presentaciones, decisiones procesales, audiencias y laudos.

El arbitraje comercial internacional está en una posición única para responder a la naturaleza transfronteriza del cambio climático¹²¹. Su flexibilidad intrínseca, su carácter innovador, su capacidad para tratar cuestiones complejas y transfronterizas y la posibilidad de elegir a un árbitro neutral en función de sus conocimientos especializados otorgan al arbitraje comercial una importante ventaja sobre los litigios judiciales. Sin embargo, algunas de sus características, que se consideran bienvenidas y deseadas en diferentes contextos, crean importantes desafíos para lograr la justicia climática. Por lo tanto, será necesario innovar en este ámbito para que el arbitraje comercial se convierta en una opción atractiva para resolver las controversias relacionadas con el cambio climático entre empresas. La comunidad del arbitraje debe tratar de encontrar formas constructivas en las que el arbitraje comercial pueda innovarse a sí mismo para que pueda complementar otros métodos de resolución de controversias tradicionalmente utilizados para las controversias sobre el cambio climático. Por último, las controversias sobre el cambio climático suelen requerir conocimientos técnicos, pero las instituciones arbitrales adoptan una postura activa para resolver este problema.

Dado que todas las controversias sobre el cambio climático pueden ser de interés público, es aconsejable que las partes acuerden expresamente qué información debe ser confidencial y cuál no. Ello requeriría una visión diferente de este postulado. Pero a través de un esfuerzo consciente centrado en compartir los hechos y el razonamiento –sin descubrir la identidad de las partes– el arbitraje internacional también podría contribuir a crear un impulso en apoyo de la acción contra el cambio climático. En esta dirección las partes tendrían que estar dispuestas a hacer algunas concesiones poniendo a disposición del público cierta información y permitiendo, cuando sea posible, la participación de personas que no sean parte en el procedimiento. Con el análisis anterior, el arbitraje sigue siendo adecuado para la resolución de controversias sobre el cambio climático siempre que se realicen los ajustes oportunos. Y quedan al menos dos áreas en las que se pueden hacer mejoras significativas, a saber, la transparencia y la participación de *amicus curiae*.

¹²¹ L. BIZIKOVA, “On Route to Climate Justice: The Greta Effect on International Commercial Arbitration”, *Journ. Int'l Arb.*, vol. 39, n° 1, 2022, pp. 79-116.