

Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



La Transición Legal a una Economía Verde

The Legal Transition to the Green Economy

Markus Gehring

Doctor en Derecho, U. de Yale
Profesor en la U. de Cambridge, Reino Unido
mwg24@cam.ac.uk

Traducción de Gonzalo Parot

Abogado, U. de Chile
gparot@gmail.com

Resumen: Tras las secuelas de la crisis financiera global del año 2008, puede sugerirse que el modelo actual de crecimiento económico no es ni financiera ni ambientalmente sostenible. La necesidad de transitar hacia una economía más verde ha ido ganando espacio en la arena de las políticas a nivel internacional. Como afirmó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible el año 2012, es necesaria una transición global a un tipo distinto de crecimiento económico, uno que sea económicamente responsable y socialmente inclusivo. Sin embargo, los debates sobre cómo promover una economía verde global se han enfocado tradicionalmente en la economía. Este artículo busca resaltar las contribuciones potenciales del derecho para posibilitar y apoyar una economía más verde, así como la necesidad de aproximaciones más innovadoras e integradas a nuestra comprensión del derecho internacional económico (comercio, inversión y finanzas). Se divide en tres partes. Primero, provee una explicación sobre qué entendemos por economía verde, y las contribuciones potenciales del derecho para enverdecer el crecimiento económico. Segundo, examina disposiciones legales innovadoras a nivel nacional, regional e internacional que buscan expresamente crear políticas y prácticas económicas verdes, basándose en un proyecto de investigación legal internacional desarrollado con el Programa de las Naciones Unidas que consideró más de 2000 instrumentos legales domésticos en seis regiones del mundo. Tercero, se enfoca en el progreso y las limitaciones del derecho internacional económico, explorando posibles remedios legales y de políticas. En esencia, este artículo rastrea tendencias recientes en derecho y gobernanza para una economía más verde, resaltando las oportunidades, desafíos y límites del derecho y los instrumentos de política para apoyar la transición global que buscan los diseñadores de políticas públicas. El argumento central es que la transición a una economía más verde está ya siendo promovida por el derecho en todos los niveles, y está recibiendo un reconocimiento creciente tanto a nivel nacional como internacional.

Palabras clave: Economía verde, desarrollo sustentable, derecho económico internacional, política medio ambiental.

Abstract: *In the aftermath of the global financial crisis of 2008, it can be suggested that the current model of economic growth is neither financially nor environmentally sustainable. The need to move towards a greener economy has since gained traction in international policy arena. As the 2012 United Nations Conference on Sustainable Development affirmed, a global transition to different kind of economic growth, one that is environmentally responsible and socially inclusive, is needed. However, debates on how to promote a global green economy have traditionally focused on economics. This article seeks to highlight the potential contributions of the law in enabling and supporting a greener economy, as well as the need for more innovative and integrated approaches to our understanding of international economic law (trade, investment and finance). It is divided into three parts. First, it provides a stipulated explanation of what is meant by a green economy, and the potential contributions of law to greening economic growth. Second, it examines innovative legal provisions at national, regional and international level which expressly seek to green economic policies and practices, based on an international legal research project with the United Nations Environment Programme which surveyed over 2000 domestic legal instruments across six regions of the world. Third, it focuses on the progress and limitations of international economic law, exploring possible legal and policy remedies. In essence, this article traces recent trends in law and governance for a greener economy, highlighting the opportunities, challenges and limits of law and policy instruments to support the global transition that is sought by policy-makers. The central argument is that the transition to a greener economy is already being promoted by law at all levels, and is receiving growing recognition nationally and internationally.*

Key words: *Green economy, sustainable development, international economic law, environmental policy.*

Introducción

Nuevos mercados e industrias están emergiendo para la energía limpia y renovable, los bienes y servicios ambientales, la agricultura local orgánica, los recursos biológicos, la infraestructura sostenible para la construcción y el transporte, y el pago por servicios ecosistémicos. Según fue previsto en el Informe “Hacia una economía verde” de 2011 del PNUMA, la comunidad global tiene una oportunidad y un imperativo de desplazarse del patrón actual de crecimiento económico no sostenible, basado en combustibles fósiles baratos y dañinos para el medio ambiente y en el agotamiento de los recursos, a una forma de crecimiento económico que sea baja en carbono, eficiente en el uso de recursos, sostenible y que además sea socialmente inclusiva - mediante la transición a una economía

verde¹. El concepto de una economía verde global, usado en el contexto de la política internacional, es producto de la crisis financiera de 2008 y sus secuelas que gatillaron los llamados a un “Nuevo Acuerdo Verde Mundial”².

Con la crisis generando respuestas sin precedentes en las políticas públicas, se volvió importante asegurar que estas respuestas fuesen sustentables y que las políticas adoptadas no fueran una simple resurrección de modelos de crecimiento económico obsoletos basados en la explotación de recursos y en la externalización de los costos de industrias contaminantes en crecimiento, que pudiesen poner en peligro la recuperación económica a largo plazo y la salud del medio ambiente. El compromiso con una economía global más verde se volvió la solución: un nuevo modelo económico post-recesión que liderase un crecimiento económico sostenible³. Lo que es nuevo es el consenso respecto a que el mundo no solo enfrenta una crisis económica, sino que también enfrenta crisis de energía, alimento y agua, ante las cuales las personas pobres resultan más vulnerables⁴. Con este fin, una economía verde busca erradicar la pobreza mediante un crecimiento económico ambientalmente razonable y socialmente justo en países en desarrollo, mientras se apunta a cambios estructurales en países desarrollados para facilitar la reducción de la pobreza y la recuperación ambiental. Según acordaron los Jefes de Estado el 2012 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, también denominada Rio+20, estos objetivos forman el núcleo de una nueva agenda económica que todos los Estados pueden promover.

¿Cuál es el rol de las prácticas legales innovadoras, en los esfuerzos para desplazarnos hacia una economía verde global para la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible? La transición a una economía verde tiene una justificación económica y social razonable⁵. Ciertamente, en todos los niveles, hay nuevos esfuerzos por parte de los gobiernos y de otros actores, encaminados a lograr las necesarias transformaciones económicas. Tratados económicos internacionales; resoluciones arbitrales y judiciales de nuevas disputas internacionales respecto a recursos naturales, medio ambiente y problemas del desarrollo; la adopción de nuevos instrumentos internacionales como las decisiones REDD+ de Varsovia de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, o el Protocolo de Nagoya de la Convención de la Biodiversidad de las Naciones Unidas, son evidencia de normas internacionales que están siendo acordadas para guiar a los gobiernos y enviar importantes señales a los mercados. En particular, el derecho y las políticas económicas internacionales están evolucionando rápidamente, fomentando la transición a una economía más verde. Tomando en cuenta desarrollos en la Organización Mundial de Comercio (OMC), Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) y

¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*. Nairobi, 2011.

² UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global Green New Deal: Policy Brief* [en línea] <http://www.unep.org/pdf/A_Global_Green_New_Deal_Policy_Brief.pdf> [consulta: julio 2015]

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

otros regímenes económicos internacionales, según se ha interpretado en disputas recientes, estas normas incluso podrían ser capaces de disciplinar de forma apropiada o de incentivar medidas domésticas y las economías que regulan. Sin embargo, prevalecen muchas preguntas sobre las medidas más apropiadas mediante las cuales se puede lograr el progreso a nivel internacional y en diferentes regiones del mundo.

En este artículo, se argumenta que el derecho puede jugar y ya está jugando un rol de habilitación y apoyo crucial en vías a una economía más verde, especialmente a través de aproximaciones legales innovadoras y disposiciones del derecho económico internacional (comercio, inversión y finanzas) que tienen el potencial para facilitar una transición global a una economía más verde. Basándose en una revisión comparativa reciente con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, este artículo otorga una revisión de innovaciones legales mayores a nivel nacional, regional e internacional. Para ilustrar oportunidades y desafíos, se enfoca en el dominio del derecho económico internacional. Un marco tan amplio para el análisis -considerando innovaciones legales desde el nivel nacional hasta el internacional- está garantizado, pues los instrumentos internacionales a menudo otorgan importantes guías y estandarización de normas dirigidas a los países, las cuales a menudo son implementadas en el marco de legislación y políticas a nivel nacional y sub-nacional. Dicho de otra forma, las innovaciones legales pueden ser detectadas en varios nodos del terreno, algunos emergiendo desde arriba hacia abajo desde el nivel internacional o nacional, mientras otros emergen espontáneamente a nivel local y nacional y sirven como un ejemplo o inspiración para acuerdos internacionales.

Dividido en tres partes, este artículo primero examina los contornos de varias definiciones de la economía verde, su importancia a pesar de las críticas, y la relación entre la economía verde y el derecho. Segundo, discute sobre disposiciones legales innovadoras recientes a nivel nacional, regional e internacional e identifica limitaciones clave, basándose en un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente que, editado por el autor, consideró más de 2000 instrumentos legales a través de seis regiones del mundo. Tercero, se enfoca en potenciales barreras y limitaciones en lo que concierne al derecho internacional económico y explora posibles remedios legales. Al hacerlo, se ofrecen dos importantes contribuciones a la literatura existente (1) rastrear y examinar desarrollos contemporáneos y tendencias en instrumentos y disposiciones legales innovadores a nivel doméstico, internacional y regional en relación con la economía verde; y (2) explorar diversos caminos para el derecho económico internacional para apoyar la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible. Las discusiones sobre innovaciones legales específicas serán sucintas, sin embargo; debido a restricciones de espacio, el análisis del impacto de las medidas legales seleccionadas no será tratado aquí. Para los responsables de diseñar políticas públicas y tomar decisiones, esta revisión y análisis de tendencias recientes puede ayudar a modelar el diseño e implementación de medidas de economía verde, mientras que para alumnos y académicos, ayuda a identificar

desafíos y oportunidades para que el derecho promueva la transición a una economía verde global que seguramente requerirá un examen más profundo en el futuro.

1. La Economía Verde y el Derecho

1.1 Definiciones de Economía Verde

Más que decidir cuál es la única definición universal de la economía verde, los Jefes de Estado en Rio+20 en la Declaración El Futuro que Queremos, afirmaron que “cada país dispone de diferentes enfoques, visiones, modelos e instrumentos, en función de sus circunstancias y prioridades nacionales, para lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones, que es nuestro objetivo general”⁶. Aunque algunos comentaristas han advertido esta brecha, criticando la falta de una definición singular unitaria para todos los modelos económicos y para todos los ambientes que se encuentran en la tierra⁷, se puede argumentar que cierta ambigüedad sigue siendo necesaria en un mundo multi-polar caracterizado por una pluralidad diversa de políticas económicas, y que los principales contornos de una economía más verde pueden no obstante ser identificados en relación con el desarrollo sostenible.

1.1.1 Desarrollo sostenible

El desarrollo sostenible, definido como “un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades,” es un objetivo ampliamente aceptado en la comunidad global⁸. Asimismo, sus ideas subyacentes han gobernado las prácticas de muchas culturas por miles de años⁹. Además, es destacable que desde un principio, aquellos que lo promueven no se han enfocado en limitar la actividad económica sino que más bien en redirigirla, de modo de asegurar el potencial para rendimientos sostenidos a largo plazo de los procesos productivos. El desarrollo sostenible está relacionado cercanamente con el derecho y la política económica nacional e internacional, e idealmente podría volverse su objetivo central.

La CNUDS en Río, construyendo sobre la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de 2002 en Johannesburgo, reenfocó la conciencia global en la necesidad de un desarrollo económico más razonable en lo ambiental y socialmente equitativo. En una formulación u otra, el desarrollo sostenible se ha elevado como un objetivo explícito en

⁶ NACIONES UNIDAS. El futuro que queremos. A/RES/66/288, 2012, parr. 56.

⁷ MORGERA, Elisa y SAVARESI, Annalisa. 2013. A Conceptual and Legal Perspective on the Green Economy. *Revista Euran Community International Environmental Law* 22 (1): 14.

⁸ CORDONNIER SEGGER, Marie-Claire y KHALFAN, Ashfaq. 2004. *Sustainable Development Law: Principles, Practises and Prospects*. UK, Oxford University Press.

⁹ *Ibid.*

más de cincuenta tratados internacionales vinculantes¹⁰. Es central en los mandatos de muchas organizaciones internacionales, y objeto de numerosas declaraciones y estándares de “soft law”. El desarrollo sostenible y sus principios guían el derecho doméstico e internacional en muchas áreas de la política económica, social y ambiental, particularmente donde estos campos se intersectan¹¹. Sin embargo, en derecho económico internacional, la implementación del desarrollo sostenible sigue siendo un desafío. Según señalan los gobiernos en el Plan de Implementación de la CMDS de Johannesburgo, la globalización afecta los aspectos sociales del desarrollo sostenible tanto en términos positivos como negativos: “La globalización ofrece oportunidades y desafíos para el desarrollo sostenible. Reconocemos que la globalización y la interdependencia están ofreciendo nuevas oportunidades para el comercio, la inversión y los flujos de capital y los avances en la tecnología, incluyendo tecnologías de la información, para el crecimiento de la economía mundial, desarrollo y el mejoramiento de los estándares de vida alrededor del mundo. Al mismo tiempo, prevalecen serios desafíos, incluyendo crisis financieras, inseguridad, pobreza, exclusión y desigualdad tanto dentro como entre las sociedades”⁵. Aún siguen en marcha los esfuerzos para asegurar que las reglas internacionales y domésticas que estimulan el comercio, la inversión y el financiamiento puedan también proveer suficiente flexibilidad en las políticas y los incentivos para alentar la sustentabilidad. Esto puede ser logrado –en parte– mediante la investigación y la clasificación de las reglas y prácticas existentes, analizando las mejores innovaciones prácticas para fortalecer y transformar (“enverdecer”) las reglas emergentes del derecho y la política económica mundial.

1.1.2 Economía Verde y Desarrollo Sostenible

A grandes rasgos, la economía verde puede ser considerada como una aproximación que se refiere a los tres pilares del desarrollo sostenible al conectar 'medio ambiente' y 'economía' para distribuir bienestar humano y equidad social a través de la reducción de la pobreza de acuerdo con el Principio 1 de la Declaración de Río de 1992¹². Se puede argumentar que esta es una noción más amplia de la economía verde que se ve reflejada en la Declaración “El futuro que queremos” de 2012, dado que la economía verde está diseñada para contribuir a la erradicación de la pobreza, sustentar el crecimiento económico, aumentar la inclusión social, mejorar el bienestar humano, crear oportunidades para la

¹⁰ Ibid., p. 32.

¹¹ GEHRING, M. W. *Sustainable International Trade, Investment and Competition Law*. 2004. En: *Sustainable Development Law: Principles, Practises and Prospects*. UK, Oxford University Press.; GEHRING, M. W y CORDONNIER SEGGER, Marie-Claire. Newcombe (eds.). 2010. *Sustainable Development in World Investment Law*. vol. 9, The Hague: Kluwer; GEHRING, M. W y CORDONNIER SEGGER, Marie-Claire (eds.). 2005. *Sustainable Development in World Trade Law*. Vol. 9, The Hague: Kluwer.

¹² UNITED NATIONS ENVIRONMENT MANAGEMENT GROUP. 2011. *Working towards a Balanced and Inclusive Green Economy: A United Nations System-Wide Perspective*. Geneva: UN. p. 33.

empleabilidad y el trabajo decente para todos, mientras se mantiene un funcionamiento saludable de los ecosistemas terrestres.

En un sentido más estrecho, la economía verde también ha sido considerada como una herramienta para realizar el desarrollo sostenible. El informe de la ONU declara: “a pesar que las causas de estas crisis varían, en un nivel fundamental ellas comparten un elemento común: La mala asignación bruta del capital.”¹³ Así, la economía verde es el medio para superar las crisis globales mediante la redirección de las inversiones de capital a sectores que sean favorables tanto al crecimiento económico como a la conservación ambiental, lo que subsecuentemente traería la erradicación de la pobreza y el desarrollo social. De modo similar, Bosselman [et al.] conciben a la economía verde como una agenda para corregir los errores de mercado, donde costos y perjuicios importantes del desarrollo económico no están siendo internalizados¹⁴. Las técnicas tradicionales de valorización de negocios y las prácticas contables fallan al capturar el costo total de la contaminación y los valores de los servicios ecosistémicos, externalizando los costos para que sean soportados por la sociedad. La economía verde, desde este punto de vista, es por tanto una herramienta que puede internalizar los costos totales de la producción mediante actividades regulatorias usando estándares, cargas, impuestos ambientales, mercados de permisos y actividades presupuestarias como el pago por servicios ambientales. Consecuentemente, alentaría un mayor flujo de capitales a sectores más verdes de la economía.

De estas dos variantes aquí se prefiere la primera en tanto posee la amplitud necesaria para sondear la tendencia global en innovación legal en la economía verde. A mayor abundamiento, según se discute más abajo, al concepto de la economía verde no le faltan críticos, quienes vislumbran un peligro, en tanto los compromisos para una economía verde puedan desvirtuar otras prioridades para los objetivos de protección ambiental, que requieren reglas menos dinámicas y un control estricto de la contaminación¹⁵.

1.2 El derecho y la economía verde

En su “Grotius Lecture”, Achim Steiner delineó los contornos de la ley en su “rol crítico que debe jugar para proveer el fundamento para acelerar la transición hacia una economía verde” especialmente considerando que “el derecho puede ser un conducto hacia el cambio económico transformador” según ha evidenciado cómo la doctrina de la libertad de los mares¹⁶ ha constituido el fundamento del libre comercio internacional¹⁷. Más aún, la

¹³ Ibid., p. 3.

¹⁴ BOSSELMANN, Klaus, BROWN, Peter y MACKEY, Brendan. 2012. Enabling a Flourishing Earth: Challenges for the Green Economy, Opportunities for Global Governance. 21 RECIEL 1 en 23.

¹⁵ MORGERA, E. y SAVARESI, A. 2013. A Conceptual and Legal Perspective on the Green Economy. 22 Review of European, Comparative & International Environmental Law, p. 14.

¹⁶ Libertad de los mares es una doctrina propuesta por Hugo Grocio que se volvió un principio de derecho internacional en el siglo 19. El principio sostiene que la alta mar está abierta a todas las naciones y no deberá ser sujeta a soberanía nacional en tiempos de paz.

relación entre el derecho internacional y el derecho nacional es de particular relevancia en la transición a una economía verde dado que el derecho internacional funciona primariamente como un instrumento para la comunidad global para concordar en metas comunes y vías de acción, mientras las normas regionales/nacionales son un mecanismo en el cual se implementan metas acordadas en cada contexto particular¹⁸.

Desde este punto de vista, el derecho puede permitir e incentivar la transición hacia una economía verde. Las leyes marco locales, por ejemplo, sirven como una base para reformas de políticas públicas. Pueden emparejar el campo de juego para productores más verdes al desfasar subsidios anticuados, reformar políticas, proveer nuevos incentivos, fortalecer la infraestructura de mercado y mecanismos basados en el mercado, y redirigir inversiones públicas y apoyar adquisiciones públicas más verdes¹⁹. Tales reformas en políticas públicas a su vez podrían estimular al sector privado para aprovechar las oportunidades para pasar a prácticas industriales más verdes a través de un número de sectores clave, y para responder a nuevas señales de precios a través de mayores niveles de financiamiento e inversión. Según indica la discusión en la Parte III de este artículo, el derecho internacional económico es particularmente importante para influenciar la transición. Por ejemplo, reglas y disciplinas de comercio hechas a la medida puede bajar las barreras y tarifas para promover el flujo de bienes y servicios ambientales y la transferencias de la eco-tecnología; acuerdos internacionales de inversión pueden comprometerse a no rebajar estándares ambientales para atraer financiamiento del sector privado; y el derecho financiero tiene el potencial para redirigir inversiones de inversionistas institucionales de la economía café tradicional a sectores económicos más verde mediante el requerimiento de reportes precisos en sostenibilidad.

Pero, ¿existe evidencia que esta aspiración política y este concepto han influenciado las reglas legales? El derecho y el cambio social sigue siendo un proceso iterativo, especialmente en el contexto del desarrollo sostenible donde la dicotomía de conceptualizar el derecho como una variable independiente o dependiente en relación con el cambio social es importante. Como argumentan ciertos autores, el derecho puede ser un vehículo para articular y dar curso para el cambio social o un reflejo de cambios en las normas sociales²⁰. La creciente conciencia global respecto a asuntos de sostenibilidad, acoplado a los esfuerzos para establecer prácticas de desarrollo sostenible, y la formación subsecuente de coaliciones para luchar por el desarrollo sustentable, incluyendo la economía verde, han formado un nuevo ímpetu para usar el derecho como una herramienta para generar cambios sociales evolutivos. Según ha planteado Dror, el derecho por sí mismo no puede traer cambio social directo, pero puede y debe constituir un instrumento integral de un marco

¹⁷ STEINER, Achim. 2010. Focusing on the Good or the Bad: What can International Environmental Law Do to Accelerate the Transition Towards a Green Economy? 25 *Am. U. Int'l. L.Rev.* 843 en 845.

¹⁸ DE ANDRADE CORREA, Fabiano. 2013. The Role of Law in the Green Economy: Challenges and Opportunities for the Liberalization of Environmental Goods and Services. *The World Bank Legal Review* 5. p. 160.

¹⁹ Estudio de la Economía Verde del PNUMA.

²⁰ ANIEU, Sharyn L.R. 2000. *Law and Social Change*. London: SAGE Publications.

más amplio de políticas públicas²¹. Recogiendo de esta percepción, puede concluirse que si bien las innovaciones legales para una economía verde son condiciones necesarias para establecer el desarrollo sostenible, un marco de políticas públicas coordinado, especialmente a nivel internacional, es crucial para ocasionar cambios sociales significativos y duraderos.

1.3 Crítica de la Economía Verde

Antes de proceder a la revisión y el análisis de innovaciones legales, es necesario reconocer que el enfoque de la economía verde no está exento de críticas²². Algunos temen un énfasis renovado en una piedra de tope económica, en detrimento de objetivos ambientales o sociales²³. Sin embargo, Rio+20 reafirmó y subrayó que el desarrollo sostenible sigue siendo el contexto general en el que se debe visualizar la transición a la economía verde global. Cuando se ve desde una perspectiva de desarrollo sostenible, las leyes que pueden dar apoyo a la economía verde proveen una coherencia necesaria entre objetivos económicos, ambientales y sociales. También es por eso que en el contexto de la administración sustentable de recursos naturales los gobiernos destacaron especialmente la equidad y el empleo, alentando: “a cada país para que considere la implementación de políticas económicas verdes en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, que se esfuerce para impulsar un crecimiento económico y creación de empleos de modo sostenible, inclusivo y equitativo, particularmente para las mujeres, los jóvenes y los pobres”²⁴.

La ausencia de lineamientos para proporcionar derechos humanos dentro de algunos instrumentos de la economía verde ha sido resaltada por otros, quienes generalmente apoyan las premisas generales en pos de una transición. En lo referente a estos temas, Cordonier Segger y Saito²⁵ si bien anotan que el fracaso para asegurar el respeto a derechos humanos, justicia social, equidad e inclusión socavarían los procesos de desarrollo para los más vulnerables de la comunidad internacional, sugieren que el desarrollo de una economía verde puede ser más inclusivo y equitativo al tomar ejemplos de "varias naciones innovadoras que lideran el camino hacia la implementación de iniciativas de economía verde, incorporan el reconocimiento de los derechos humanos”²⁶. Constituyen ejemplos notables la Política Orgánica de Agricultura de Uganda de 2009, las leyes y políticas de administración de recursos basadas en las comunidades de Botswana, la aplicación de un

²¹ Ibid., p. 4.

²² BOREL-SALADIN, Jacqueline y TUROK, Iván N. 2013. The Green Economy: Incremental Change or Transformation? *Envtl Pol’y and Governance*. 23, 209; SPASH, Clive L. 2012. Green Economy, *Red Herring Env’tl Values* 21, 2, p. 95.

²³ Ibid.

²⁴ ONU, supra nota 5 en parr. 62.

²⁵ CORDONIER SEGGER, Marie-Claire y SAITO, Yolanda. 2013. Innovative Legal Measures for Climate Change Response in the Green Economy: Integrating Opportunity, Inclusion, and Equity. *The World Bank Leg Rev.* 5, p. 293.

²⁶ Ibid., p. 305.

consentimiento libre y previamente informado como pre-requisito para la implementación de proyectos REDD+ en Vietnam, y la Ley Nacional de Empleo Rural en la India. Al destacar tales ejemplos, se resaltan los desarrollos a nivel nacional y sub-nacional para operativizar crecimiento verde inclusivo y equitativo; subrayando que "más trabajo [es necesario] para desarrollar nuevos marcos regulatorios e implementar cambios en la práctica legal en terreno", y que la asistencia y la coordinación internacionales serán necesarios para confeccionar medidas legales, regulatorias e institucionales.

2. Innovaciones legales recientes

Esta sección continúa el análisis del autor en un estudio de investigación reciente junto al PNUMA que encuestó y analizó más de 2000 instrumentos y disposiciones legales innovadoras para facilitar la transición a una economía más verde a nivel nacional, regional e internacional²⁷. En este estudio, investigadores legales en las regiones de África, América Latina y el Caribe, América del Norte, Europa y el Asia Pacífico rastrearon tendencias a lo largo de una serie de disposiciones constitucionales y sus interpretaciones judiciales, así como leyes nacionales innovadoras y sus regulaciones, instituciones y estándares relacionados. El estudio identificó una serie de tendencias generales a lo ancho de 14 sectores clave²⁸, destacando la importancia de "un bienestar y equidad social crecientes, y una reducción de riesgos ambientales y escaseces ecológicas". Concluyó que "a lo ancho de muchos de estos sectores, enverdecer la economía puede generar resultados consistentes y positivos para una mayor riqueza, un crecimiento en los resultados económicos, empleabilidad decente y una reducción de la pobreza"²⁹.

2.1 Nacional

A nivel nacional, se determinaron cuatro aspectos de las disposiciones legales que eran particularmente notables: la incorporación de aspectos del desarrollo sostenible en la constitución, la creación de nuevas leyes marco, el reflejo de principios del desarrollo sostenible en decisiones judiciales; y tendencias generales a lo ancho de 14 sectores clave³⁰.

Un vínculo explícito entre la protección ambiental y las preocupaciones económicas de parte del Estado puede ser visto una y otra vez en las Constituciones nacionales

²⁷ GEHRING, Markus W. y HARRINGTON, Alexandra (eds.). 2016. UNEP's Compendium of Selected Innovative Provisions Promoting Green Economy for Sustainable Development and Poverty Eradication (s/p). Ver también para estudio regionales: GEHRING, Markus W. y KENT, A. 2013. Innovative Regulatory Frameworks Promoting Green Economy for Sustainable Development and Poverty Eradication in Europe. Un informe encargado por el Programa de las Naciones Unidas por el Medio Ambiente (Pendiente). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2603713>.

²⁸ Los 14 sectores clave son: Agricultura, Bosques, Biodiversidad, Pesqueras, Marinos/Costeros, Regulación de aguas, Turismo sostenible, Energía, Cambio climático, Transporte, Edificios y construcción, Manufactura, Minería y Manejo de residuos/minimización de residuos.

²⁹ Ibid., p. 24.

³⁰ GEHRING y HARRINGTON, *supra* 27, p. 28.

alrededor del mundo. Esto no es simplemente una tendencia observable en países desarrollados. Por ejemplo, la Constitución de Brasil³¹ contiene referencias continuas a la relación entre la economía y la protección ambiental. Dadas las grandes explanadas rurales del país, la propiedad rural recibe una consideración constitucional especial, con una función social, que es satisfecha cuando el uso del suelo es racional y adecuado, cuando los recursos naturales disponibles son usados apropiadamente y el medio ambiente es conservado³². Otros ejemplos notables incluyen la Constitución de Timor Oriental, la Constitución de Bután, y la Constitución de Las Maldivas. Algunos Estados también vinculan explícitamente consideraciones de desarrollo económico, ambiental y social en sus Constituciones, otorgando una guía hacia políticas gubernamentales más coherentes. También hay instancias donde se reconoce que la economía del Estado depende de un medio ambiente sano, consagrándose a nivel constitucional³³.

También se han desarrollado leyes marco específicamente para promover el “enverdecimiento” de la economía. Ejemplos notables incluyen a Francia y la República de Corea. En la primera, la *Loi Grenelle 1* de 2009 y la *Loi Grenelle 2* de 2010 fueron adoptadas con el objeto de proveer un marco general para la elaboración de políticas, incluyendo lineamientos más específicos para sectores sensibles (construcción, planificación, transporte, energía, biodiversidad, agua, agricultura, investigación, riesgo/salud y medio ambiente, residuos y gobernanza) destinadas a asegurar el crecimiento sostenible. En la República de Corea, la Ley Marco sobre el Crecimiento Verde Bajo en Carbono fue adoptado por la Asamblea Nacional. Esto llevó a la implementación de la Estrategia Nacional para el Crecimiento Bajo en Carbono y Verde³⁴, que estipulaba que las metas y políticas públicas del país necesitaban lograr un cambio de paradigma hacia un mayor crecimiento económico ambientalmente sustentable. Así por ejemplo, la Ley Marco requiere que el gobierno opere un sistema para transar emisiones de gases de efecto invernadero y el Decreto de Implementación sobre Asignación y Transacción de Permisos de Emisión para Gases de Efecto Invernadero (la Ley ETS) fue aprobada por el Gabinete el 13 de noviembre de 2012³⁵.

A nivel sub-nacional, también se han realizado esfuerzos para liderar la transición a una economía verde. Por ejemplo, en su Ley sobre Energía y Economía Verde³⁶, la

³¹ DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. Sao Paulo, Malheiros Editores, 2009; SARLET, Ingo y FENSTERSEIFER, Tiago. 2011. *Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. Sao Paulo, Editora Dos Triiunais.

³² BENJAMIN, Antonio Herman. Medio ambiente e constituição: uma primeira abordagem. En: 10 Anos da ECO- 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. En: In tribute to ROGER W. FINDELY, International Conference on Environmental Law. São Paulo, 3-6 June 2002, Instituto o Direito por um Planeta Verde, Imprensa Oficial SP, Government of the State of São Paulo.

³³ Por ejemplo, el artículo 7 de la Constitución de Bélgica establece que “En el ejercicio de sus respectivas competencias, el Estado Federal, las Comunidades y las Regiones siguen los objetivos del desarrollo duradero en su aspecto social, económico y ambiental, tomando en cuenta la solidaridad entre las generaciones.”

³⁴ SUR COREA. Presidential Decree on the Establishment and Operation of the Presidential Committee on Green Growth, South Korea: Framework Act on Low Carbon Green Growth, Article 9.

³⁵ South Korea’s Emissions Trading Scheme: White Paper; Bloomberg New Energy Finance. Mayo 2013.

³⁶ CANADA. 2009. The Government of Ontario. Green Energy and Green Economy Act. ch. 12.

legislatura de la provincia canadiense de Ontario dejó en claro que “está comprometida con albergar el crecimiento de proyectos de energías renovables, que usen fuentes más limpias de energía, remover barreras de acceso y promover oportunidades para proyectos de energías renovables y a promover una economía verde,” y que está dedicada a asegurar la eficiencia energética tanto en el sector público como en el privado. De modo similar, el Estado estadounidense de Massachusetts creó la Ley de Protección del Clima y Economía Verde para proporcionar una guía a las autoridades estatales e industriales sobre estas materias³⁷.

Las decisiones judiciales influyen la aplicación de tales disposiciones constitucionales. Por ejemplo, las decisiones de la Corte Constitucional alemana han otorgado interpretaciones que guían la aplicación del Art. 20ª de la *Grundgesetz* que define la “protección de los fundamentos naturales de la vida y de animales” como un objetivo del Estado³⁸. La disposición establece asimismo: “Consciente además de su responsabilidad respecto a las generaciones futuras, el estado deberá proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales mediante legislación y, de acuerdo con el derecho y la justicia, mediante acción ejecutiva y judicial, todo dentro del marco del orden constitucional”. Decisiones clave recientes de la Corte Constitucional alemana han otorgado mayor contenido y aclaración respecto a este objetivo en relación con transitar a una economía verde. En BVerfG, 1 BvR 1031/07 de 25.7.2007, la Corte decidió en relación a los impuestos a biocombustibles que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad sobre cómo se protege el medio ambiente; y que las desventajas económicas para la industria de biocombustibles alemana eran irrelevantes en este respecto³⁹.

Al rastrear la adopción e implementación de instrumentos regulatorios innovadores en cada uno de los 14 sectores económicos verdes, se pueden identificar varias tendencias importantes⁴⁰. En general, existen marcados vínculos entre el medio ambiente –y la protección y conservación ambiental– y el desarrollo económico dentro del derecho constitucional, las leyes marco, herramientas regulatorias, decisiones judiciales y muchas leyes específicas para industrias determinadas.

En añadidura a este reconocimiento general, los Estados han establecido crecientemente el derecho a un medio ambiente sano y además han llegado a incorporar derechos ambientales específicos en parámetros constitucionales y legales⁴¹. Si bien aún hay problemas con la judiciabilidad de estos derechos, su mera presencia y reconocimiento es una innovación significativa. Más aún, la incorporación completa de la jerarquía de los

³⁷ MASSACHUSETTS. 2008. Department of Environmental Protection, Climate Protection and Green Economy Act, ch. 298.

³⁸ ALEMANIA. Basic Law for the Federal Republic of Germany. Versión publicada por el Federal Law Gazette Parte III, clasificación n° 100-1, modificada por la Ley de 21 de julio de 2010. Federal Law Gazette I, p. 944. Ver traducción del professor Christian Tomuschat y David P. Currie, disponible en internet: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0112>.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 1031/07 de 25.7.2007

⁴⁰ GEHRING y HARRINGTON, *supra* 27.

⁴¹ Ibid.

residuos que prioriza la reducción, la reutilización y el reciclaje (las 3Rs) en las leyes ha dado, a una idea que anteriormente era un eslogan de los activistas ambientales, un fuerte sustento legal⁴².

La protección de los recursos naturales –sea que estén bajo el suelo, en bosques o el agua– es otra área de tendencias emergentes. Esta protección en general busca balancear contaminación y sobreexplotación con las necesidades de las economías locales y nacionales, buscando usar fondos estatales e incentivos financieros para asistir a aquellos que son impactados por los regímenes mientras se proporcionan sistemas regulatorios significativos⁴³. El reconocimiento de derechos de comunidades indígenas y los intereses en el uso de recursos naturales es también otra área de innovación que se está volviendo una tendencia global a lo ancho del Norte y el Sur globales. Esto lleva a un entendimiento general que los conceptos de justicia social se han visto incorporados en el derecho y la sociedad alrededor del globo⁴⁴.

Otra tendencia global es la incorporación de gobiernos locales en la toma de decisiones y políticas públicas relacionadas con el medio ambiente y la economía verde debido al reconocimiento de su relación especial con preocupaciones ambientales en un área⁴⁵. En efecto, esto es esencial en áreas como Estados Unidos y Canadá, donde las unidades estatales/provinciales han sido mucho más proactivos por mucho en leyes ambientales y leyes relacionadas con la economía verde que sus gobiernos nacionales.

El crecimiento de cuerpos y funciones administrativas de modo de poder implementar leyes esenciales para la economía verde es una tendencia global que se aprecia en los requerimientos generales y específicos para la industria⁴⁶. Si bien estos cuerpos tienen nombres y características distintas, tienden a cumplir las mismas funciones, particularmente en el sentido de proveer y supervisar licencias y permisos para actividades restringidas, revisar encuestas y evaluaciones de impacto ambiental y otros estudios para proyectos propuestos que tendrían efectos ambientales y tomar decisiones basándose en estos informes, asistiendo al comercio y a la industria para cumplir con los términos de las regulaciones aplicables⁴⁷.

A objeto de liberar alguno de los gravámenes normativos sobre el comercio y la industria, particularmente tratándose de pequeños negocios, las leyes y regulaciones

⁴² Japón por ejemplo adoptó la *Basic Act on Establishing a Sound Material-Cycle Society* como un marco básico para facilitar el movimiento hacia una sociedad con un ciclo de materiales razonable, art. 1 que consagra firmemente las 3Rs.

⁴³ El Código de Minería, Ley No. 007/2002 de la RD del Congo especifica la necesidad de un Estudio de Impacto Ambiental, un Plan de Manejo y Reportes y un Plan Ambiental de Monitoreo y Contingencias.

⁴⁴ Nicaragua, en su Ley General de Medio Ambiente, establece que en el caso de personas indígenas o comunidades étnicas contribuyendo recursos genéticos, el estado deberá asegurar que el uso de estos recursos será otorgado bajo ciertas condiciones determinadas en consulta con ellos.

⁴⁵ SUR COREA. Framework Act on Low Carbon Green Growth. Artículo 10 Central Action Plans y artículo 11 Local Action Plans.

⁴⁶ CALIFORNIA. 2006. Global Warming Solutions Act. AB 32.

⁴⁷ GEHRING y HARRINGTON, *supra* 27, p. 25.

permiten al Estado otorgar incentivos financieros y tributarios.⁴⁸ Estos incentivos incluyen rebajas/exenciones tributarias, exenciones al Impuesto al Valor Agregado (IVA) para ítems aplicables necesarios para la investigación y el desarrollo, subsidios, primas por inyección de electricidad (FIT), y créditos para captadores de contaminantes. Esta tendencia, apreciable en Estados desarrollados y en desarrollo, es importante por cuanto reconoce que es posible la realización de negocios que pueden funcionar económicamente y de manera ambientalmente responsable.

Casi todas las leyes relacionadas con la energía y el cambio climático establecen objetivos de reducción de energía y/o en emisiones, incluyendo fechas tope. Si bien el éxito o el fracaso de estas fechas tope aún está por verse, es notable que exista esta tendencia, en tanto demuestra que hay algún sentido de cohesión entre los Estados en lo relativo a las vías para lograr reducciones en uso de energía y tasas de emisión⁴⁹.

La seguridad y la responsabilidad han pasado a figurar prominentemente en leyes relacionadas con políticas ambientales alrededor del mundo. Típicamente, estas preocupaciones son más acuciantes en las áreas de la agricultura –donde la seguridad y disponibilidad alimentaria son temas bien establecidos para Estados en el Norte y Sur globales– así como temas relacionados con la producción energética y el cambio climático⁵⁰.

Dentro de la multitud de leyes y reglas, otra área clave con tendencia para la innovación de la economía verde es el uso de códigos voluntarios y medidas de buena gobernanza⁵¹. Si bien no existe fuerza legal para tales medidas, han sido adoptadas por muchos Estados y muchas industrias y son crecientemente necesarias de modo de asegurar consumidores –tanto consumidores comerciales como consumidores finales– que comprenden que los productos que compran son producidos en forma responsable y ética. Esta es una tendencia fascinante por cuanto adopta una idea que ha sido usada entre los

⁴⁸ Perú incluye entre sus regulaciones el requisito que “las autoridades nacionales, sectoriales, regionales y locales promuevan, a través de acción normativa, incentivos tributarios, apoyo, asesoría y entrenamiento, producción limpia en el desarrollo de proyectos de inversión y actividades comerciales en general, entendiendo que la producción limpia constituye la aplicación continua de una estrategia ambiental integrada y preventiva para procesos, productos y servicios, con el objetivo de incrementar la eficiencia, el manejo racional de los recursos y la reducción de riesgos sobre la población humana y el medio ambiente, para lograr el desarrollo sostenible”.

⁴⁹ La “Ley de Finanzas” de Trinidad y Tobago incorpora disposiciones tributarias nacionales y además establece mecanismos económicos con el propósito de promover el desarrollo mediante la energía renovable.

⁵⁰ En India, la Corte Suprema aplicó el principio en conjunto con la responsabilidad estricta. En uno de los casos referenciales de la India, *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India* (1996), la Corte declaró que el costo financiero de prevenir y remediar un daño recaía en aquellos que causaron la contaminación y que la persona desarrollando un actividad riesgosa o inherentemente peligrosa era estricta y absolutamente responsable de compensar la pérdida causada sobre cualquier otra persona; ver *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment-Related Cases* (Nairobi: UNEP 2005), pp. 98-99; SAHU, Geetanjoy. 2008. Implications of Indian Supreme Court’s Innovations for Environmental Jurisprudence. *Environment and Development Journal*, 4/1 Law, p. 10.

⁵¹ GEHRING y HARRINGTON, *supra* 27, p. 112.

mismos grupos industriales y le da una sensación de legitimación creciente tanto en derecho como dentro de la industria⁵².

2.2 Regional: El caso de la Unión Europea

Los marcos de política pública innovadores para apoyar el crecimiento económico más verde han sido identificados en diferentes regiones del mundo, incluyendo África Occidental⁵³. Europa provee un caso de estudio fructífero. A través de los tratados de la Unión Europea, los Estados han tomado nuevos compromisos que buscan facilitar la transición hacia una economía verde global, y estas disposiciones han sido aclaradas e interpretadas, dentro de la estructura constitucional de Europa, por su Tribunal. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo, aclaró recientemente la interpretación del artículo 11 del TFUE en su reciente decisión del caso Concordia Bus: “A la luz (...) del tenor literal del (...) Artículo (11 del TFUE), que establece la obligación de integrar los requerimientos de protección ambiental en la definición e implementación de políticas y actividades Comunitarias, se debe concluir que el Artículo 36(1)(a) de la Directiva 92/50 no excluye la posibilidad que la autoridad contratante utilice criterios relacionados con la preservación del medio ambiente al evaluar al oferente económicamente más ventajoso”⁵⁴.

El apoyo europeo a una economía más verde, de acuerdo con metas de desarrollo sustentable, se evidencia por varias otras medidas de política pública. El Parlamento de la UE ha adoptado la Directiva 2009/28/EC sobre la promoción del uso de energías provenientes de fuentes renovables (“Directiva de Energías Renovables”)⁵⁵. Esta Directiva provee un plan para lograr la meta consistente en que un 20% del total de las energías provengan de fuentes renovables en el consumo general de energía de la UE para el 2020, y que el sector transporte logre una meta mínima obligatoria de 10% en todos los Estados Miembros para el 2020. Esta Directiva establece objetivos obligatorios nacionales para la proporción general de la energía de fuentes renovables, así como de la proporción de fuentes renovables en el transporte. Esta Directiva de Energías Renovables de la UE

⁵² Ibid.

⁵³ En África, se pueden encontrar disposiciones de economía verde recientemente adoptada en la Estrategia ECOWAS Regional de Bioenergía de 2012; la Política Humanitaria ECOWAS de 2012, la Política ECOWAS Regional de Agricultura para África Occidental y la Política ECOWAS para la Reducción de Desastres de 2006. Adicionalmente, hay varias iniciativas regionales que deben ser destacadas: el Proyecto de 2008 de Regulación Regional del Sector Energético de África Occidental; el Mapa de Ruta de la Iniciativa de Energía Solar de ECOWAS; el *Paper* de 2006 para una Política Regional sobre acceso a servicios de energía para poblaciones rurales y el Protocolo de Energía ECOWAS de 2003 y la política ambiental ECOWAS de 2008.

⁵⁴ *Concordia Bus Finland v. Helsingin kaupunki et al.* (Preliminary Ruling) [2002] C-513/99 at para 57. Vea una revisión de la aplicación de las disposiciones relacionadas con el desarrollo sostenible por el TJUE en una presentación hecha por el Profesor Pallemerts: PALLEMAERTS. 2011. Sustainable Development Principles before the Court of Justice of the European Union. En: International Development Law Organization [en línea] IDLO. <<http://www.idlo.int/DOCNews/SDEventJune2011/Marc%20Pallemerts%20-%20EUSDECJ.pdf>>

⁵⁵ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2009/28/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la promoción del uso de la energía de fuentes renovables [2009] O.J. L 140/16.

mandata que los Estados Miembros deberán preparar planes de acción destinados a cumplir los objetivos de la Directiva, la cual establece directrices relacionadas con temas como la cooperación entre Estados Miembros (por ejemplo proyectos conjuntos), garantías de origen, procedimientos administrativos, información y entrenamiento; y acceso y operación de redes eléctricas. Esta Directiva además establece criterios de sustentabilidad para biocombustibles y biolíquidos.

Se ha provisto de una guía aún más específica, respecto al rol de las instituciones europeas en la promoción de una economía más verde, en la decisión del caso de la Asociación de Transporte Aéreo de América y otros con la Secretaría de Estado para la Energía y el Cambio Climático (Decisión ATAA). Esta decisión involucra el Esquema de Emisiones Transables de la Unión Europea, que fue establecido por la Directiva 2003/87/EC. Un EET establece un “tope”, o límite, en el total de gases dañinos de efecto invernadero que pueden ser emitidos por “fuentes” (fábricas, centrales generadoras, etc.). Las compañías reciben “permisos” de emisión que pueden comprar o vender según la necesidad, mientras el tope crea un valor o un “mercado” para los mismos. El objetivo es que se “internalicen” los costos sociales y ambientales, para que los bienes y servicios bajos en carbono puedan competir. El pionero en este tipo de esquema regulatorio fue el EET de 2002 del Reino Unido, como el primer esquema multi-industria de carbono transable en el mundo. Anualmente, cada fuente debe presentar permisos que den cuenta de todas sus emisiones para evitar gravosas multas. Las compañías que reducen sus emisiones pueden retener sus permisos sobrantes para necesidades futuras o vender a otros que se quedaron cortos. El intercambio asegura las eficiencias, de modo que las emisiones son recortadas donde ello resulta menos costoso. El total de permisos es reducido con el paso del tiempo para que los niveles de emisión vayan cayendo. Si no se realizan revisiones, las emisiones permisibles en Europa para el 2020 debieran ser 21% menores que el nivel de 2005. La Directiva 2003/87/EC de la Unión Europea estableció un esquema para el intercambio de permisos de emisión de gases de efecto invernadero dentro de la Unión. La Directiva 2008/101/EC incluyó emisiones de la aviación dentro del foco del EET. Los vuelos ahora son una fuente, y cada aerolínea debe entregar permisos equivalentes al total de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) para sus vuelos destinados dentro de la UE.

En el caso de la Asociación de Transporte Aéreo de América y otros con la Secretaría de Estado para la Energía y el Cambio Climático (Decisión ATAA), los gobiernos y académicos europeos pudieron vislumbrar el rol del derecho para promover una economía más verde para la región. La Asociación de Transporte Aéreo de América (ATAA) reclamó contra la implementación del Reino Unido de la Directiva 2008/101/EC. ATAA alegó que la expansión del EET a la aviación es extra-territorial, pues el total de los permisos que las aerolíneas deben otorgar por vuelo se calcula sobre la base de vuelos completos, no solo en el espacio aéreo de la UE. ATAA también alegó que el EET totaliza un cargo ilegal sobre el combustible y los aterrizajes, contraviniendo la Convención Internacional de la Aviación de Chicago de 1944. El Tribunal Superior solicitó un pronunciamiento preliminar de referencia sobre estas preguntas. Como intervinientes las

principales instituciones de la UE, junto con 11 Estados Miembros de la UE incluyendo al Reino Unido, así como a Islandia y Noruega, defendieron la legalidad de la medida. El Tribunal ratificó la medida, sosteniendo que la UE tiene jurisdicción, pues solo los vuelos despegando o aterrizando en la UE son afectados. La UE tiene el derecho a regular materias, en especial problemas ambientales que afectan a los Estados Miembros de la UE, incluso cuando los problemas son creados parcialmente fuera de la UE. El Tribunal también consideró que el EET no totaliza un cargo ilegal. Distinguiendo la decisión en Braathens (impuesto a las bencinas), y confiando en sus consideraciones en Arcelor (aluminio y el EET), el Tribunal examinó el diseño del instrumento de EET de la UE, diferenciando su ‘lógica económica’ de un ‘impuesto, prima o cargo’ según las definiciones de la Convención de Chicago.

Las implicancias de la Decisión ATAA para la Ley Europea son claras. Sobre todo, el Tribunal reconoce la jurisdicción de Europa para hacerse cargo de problemas globales, construyendo sobre sus consideraciones en el caso *Ahlstroem* de 1988 (competencia) y el caso de la *Commune de Mesquer* de 2008 (derrames de petróleo), y abriendo más aún el espacio regulatorio más allá de las fronteras de la UE para el cambio climático. Más aún, relacionando con la economía verde, el Tribunal provee guías para el diseño futuro de instrumentos económicos en la Ley de la UE. En el corto plazo, esta decisión facilita la inclusión del envío de mercancías en el EET de la UE. En el plazo más largo, el intercambio de emisiones puede demostrar ser útil a los esfuerzos de la UE para internalizar costos ambientales y sociales que en la actualidad se mantienen externalizados en otros sectores económicos, particularmente dado que el Artículo 4.2 (i) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa) extendió la competencia de la UE a la energía.

Debiera mencionarse que la UE ha suspendido ahora la aplicación del EET a la aviación internacional debido a una decisión de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) de negociar la introducción de un mecanismo basado en el mercado para las emisiones de GEI. Tales casos, sin embargo, junto con la miríada de directivas verdes en diferentes sectores de la economía, demuestran ciertos pasos regulatorios iniciales que están siendo tomados para apoyar una transición a una economía verde global, y el rol que el derecho puede contribuir, aunque todavía queda mucho que hacer en la región. La UE por tanto ha adoptado la transición a una economía más verde en su marco legislativo con el apoyo de las Cortes Europeas, por ejemplo en los casos que apoyan los EET en *Acelor* o en primas por inyección eléctrica en casos como *Schleswag*.

Corresponde realizar algunas advertencias, pues las disposiciones legales pueden también ser utilizadas para retrasar el progreso hacia una transición a una economía verde. Por ejemplo, la producción de energía renovable es susceptible a reclamos de residentes locales que mantienen sus aprensiones ante los efectos potencialmente peligrosos de la captura y almacenamiento de carbono, la apreciación antiestética de grandes parques eólicos o el impacto negativo sobre la flora y fauna locales según evidencia el caso *Taralga Landscape Guardians Inc.* con el Ministerio de Planificación. El EET de la UE además ha

sido fuente de litigación múltiple que involucra varios objetos pretendidos legalmente, incluyendo reclamos estatutarios respecto a la legalidad de elementos particulares que regula la Directiva (*Arcelor*), la competencia del legislador (*Thrun et al con Indek Corinth*), e incluso la ciencia sobre la que se basa la ley (Fondo de Educación de las Ciencias del Clima de Nueva Zelanda con el Instituto Nacional de Investigación del Agua y la Atmósfera Limitada); reclamos contra la implementación de la ley (República de Latvia con la Comisión); y reclamos contra la ejecución de la ley. En un caso actualmente pendiente, *Saint Gobain Glass* de Alemania usó la Convención de Aarhus, que a menudo es laureada como el distintivo de la contribución del derecho ambiental al desarrollo sostenible, y sus disposiciones para acceder a información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia para demandar a la Comisión Europea que denegó el requerimiento para acceder a la información sobre las instalaciones del solicitante. Claramente estas instancias apuntan a la naturaleza dual del derecho que es capaz de promover y además prohibir las medidas regulatorias que tenían la intención de avanzar hacia una economía más verde⁵⁶.

2.3 Internacional

A un nivel internacional, hay una multitud de nuevos instrumentos que no solo están balanceando las preocupaciones sociales, económicas y ambientales por el desarrollo sustentable, sino que de hecho están adoptando crecientemente instrumentos basados en el mercado (MBIs) para proveer incentivos de ‘economía verde’ para desarrollos bajos en carbono, para la gobernanza de ecosistemas forestales, para el uso sostenible de la biodiversidad. Existen tres tendencias que son particularmente discernibles⁵⁷.

En primer lugar, los regímenes de tratados internacionales del medio ambiente y desarrollo sostenible están adoptando crecientemente ‘instrumentos basados en el mercado’ internacionales para lograr sus objetivos. En la intersección del cambio climático y la administración forestal, Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de los Bosques (REDD) es un esfuerzo para otorgar valor financiero al carbono depositado en los bosques, ofreciendo incentivos para países en vías de desarrollo de reducir las emisiones de tierras forestadas e invertir en vías bajas en carbono hacia el desarrollo sostenible⁵⁸. Tal como se vio en los acuerdos de CoP16 en Cancún sobre derechos humanos, prevenciones ambientales y de otra índole, y en la decisión del CoP19 de Varsovia sobre el REDD+, el mecanismo no carece de desafíos, pero además ofrece oportunidades significativas para la

⁵⁶ WEISHAAR, Stefan E. *Emissions Trading Design: A Critical Overview*. Londres, Edward Elgar Publishing.

⁵⁷ Argumentos tempranos por DI LEVA, C. E. 2012. *The Conservation of Nature and Natural Resources through Legal and Market-Based Instruments*. *Review of European Community & International Environmental Law* 11 (84).

⁵⁸ FRY, I. 2008. *Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation: Opportunities and Pitfalls in Developing a New Legal Regime*. *Review of European Community & International Environmental Law* 17 (166).

economía verde⁵⁹. En lo que concierne al sector energético, el Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA) fue firmado en enero de 2009, entro en vigor en julio de 2010 y actualmente tiene 147 Partes. El objetivo de IRENA es “promover la adopción y el uso sostenible cada vez más amplio e intenso de todas las formas de energía renovable, tomando en consideración: (a) las prioridades y beneficios naciones y domésticos derivados del enfoque combinado de energías renovables y medidas de eficiencia energética; y (b) la contribución de la energía renovable para la preservación ambiental, al limitar la presión sobre los recursos naturales y reducir la deforestación, particularmente la deforestación tropical, la desertificación y la pérdida de biodiversidad; para la protección del clima; para el crecimiento económico y la cohesión social incluyendo el alivio a la pobreza y el desarrollo sostenible; para el acceso y la seguridad energéticas; para el desarrollo regional y para la responsabilidad intergeneracional”⁶⁰.

En segundo lugar, tratados en solitario enfocados en problemas o sectores específicos no son suficientes para promover el establecimiento de una economía verde global. El derecho internacional económico, incluyendo el derecho comercial y de inversiones puede ayudar más que entorpecer la transición⁶¹. En proyectos de investigación recientes sobre estas materias, ha sido posible explorar varios caminos para que el derecho comercial internacional apoye a la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible⁶². Éstas incluyen:

1) Reconocimiento en los preámbulos del desarrollo sostenible, del medio ambiente, y de los derechos del trabajo o humanos en tratados de comercio e inversión, para uniformar la interpretación de los acuerdos;

- Uso de excepciones para permitir la flexibilidad para las regulaciones de la economía verde, donde sea apropiado (incluyendo excepciones generales y específicas), además de un reconocimiento a medidas ambientales relacionadas con el comercio que sean permisibles a partir de acuerdos ambientales multilaterales;

- Compromisos para cooperar, como parte de tratados de comercio e inversión, en programas de trabajo compartidos ambientales y sociales en paralelo (incluyendo el control de prácticas o sustancias nocivas que puedan incrementar debido al comercio en aumento, así como la implementación de otros tratados); y

- La activación del derecho comercial y de inversiones para obtener directamente resultados de la economía verde, tal como la prohibición a subsidios, especialmente a las pesqueras cuando éstas alientan la sobrepesca; o la liberalización de disposiciones en

⁵⁹ GEHRING, M., CORDONIER SEGGER M. y HEPBURN, J. 2012. Climate Change and International Trade and Investment Law. En: SCOTT. 2012. International Law in the Era of Climate Change. Edward Elgar, p. 84-87.

⁶⁰ Véase el análisis de Fariborz Zelli, Philipp Pattberg, Hannes Stephan, Harro van Asselt. 2013. Global Climate Governance and Energy Choices - The Handbook of Global Energy Policy 340, Amsterdam.

⁶¹ GEHRING, M. 2012. Trade and Investment Measures for the Low-Carbon Economy. En: BACKER, I. L., FAUCHALD, O. K. y VOIGT, C. (eds). 2012. Liber Amicorum Hans Christian Bugge. Oslo, Universitetsforlaget.

⁶² GEHRING, M., y CORDONIER SEGGER M. (eds.). 2005. Sustainable Developments in World Trade Law. The Hague: Kluwer Law International.

Acuerdos Comerciales Regionales para facilitar el intercambio de bienes y servicios ambientales, o para desarrollar mercados y el intercambio de energías renovables, agricultura orgánica, productos forestales sostenibles; o el uso del derecho de inversiones para asegurar estabilidad que pueda apoyar, por ejemplo, el establecimiento de energía renovables (*PV Investors v. Spain*).

En tercer lugar, las nuevas decisiones en cortes y tribunales internacionales destacan el rol del derecho para facilitar la transición a la economía verde. Uno de los pronunciamientos más importantes para guiar la economía verde global fue otorgado por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS)⁶³, en la cual dicho tribunal se refirió al deslinde de responsabilidades y obligaciones que cabía a los Estados patrocinantes. Esta decisión es importante para la economía verde porque las preguntas sobre responsabilidad y la atribución de responsabilidad son elementos de la transición a una economía más verde⁶⁴.

Algunos, como D. Freestone, destacaron el caso como un fallo histórico. La opinión argumentaba a favor de “mayores estándares de protección del ambiente marino, el desarrollo seguro de actividades en el área y la protección de la herencia común de la humanidad”⁶⁵. Reconocieron una “responsabilidad de asegurar” / obligación de debida diligencia. Notaron que “debida diligencia” es un concepto variable, que puede cambiar con el tiempo dado que medidas consideradas como suficientemente diligentes en un momento determinado pueden volverse insuficientes a la luz, por ejemplo, de nuevos conocimientos científicos o tecnológicos”⁶⁶. “El estándar de la debida diligencia debe ser más severo para actividades más arriesgadas.”⁶⁷ La Opinión asegura la “participación efectiva de Estados en vías de desarrollo.” Basada en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar advierte que “los Estados en vías de desarrollo debieran recibir la asistencia necesaria incluyendo entrenamiento”⁶⁸. La opinión asesora de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos se las arregla para lograr un equilibrio entre actividades económicas y preocupaciones ambientales y sociales. En la transición a una

⁶³ ITLOS. 2011. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Case No. 17, Advisory Opinion (ITLOS Seabed Disputes Chamber Feb. 1, 2011), 50 ILM 458 (2011) [en línea] ITLOS. <<http://www.itlos.org/>>

⁶⁴ FRENCH, Duncan. 2006. Supporting the Principle of Integration in the Furtherance of Sustainable Development: A Sideways Glance. 18 ELM 103.

⁶⁵ ITLOS, *supra* 63, at para. 159.

⁶⁶ *Ibid.*, at para 117.

⁶⁷ “Measures necessary to ensure”: adoption of appropriate laws, regulations and administrative measures (Pulp Mills & 2001 ILC Harm Articles) “to be kept under review so as to ensure that they meet current standards” (para. 222) “may include the establishment of enforcement mechanisms for active supervision” (para. 218) contractual arrangements are alone insufficient. “the liability of the sponsoring State depends upon the damage resulting from the activities or omissions of the sponsored contractor. But...this is merely a trigger mechanism. Such damage is not, however, automatically attributable to the sponsoring State” (para. 201) “precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence of sponsoring States” (para. 131) “in light of the advancement in scientific knowledge, member States of the Authority have become convinced of the need for...“best environmental practices” in general terms so that they may be seen to have become enshrined in the sponsoring States’ obligation of due diligence” (para. 136).

⁶⁸ ITLOS, *supra* 63, at para. 163.

economía verde las disposiciones sobre responsabilidad son importantes a medida que más actividades económicas impactan directamente el medio ambiente.

La economía verde también juega un rol creciente en el derecho comercial internacional. Siendo que los casos de comercio y medio ambiente tienen una larga historia⁶⁹, recientemente se han puesto bajo escrutinio ante el sistema de solución de conflictos de la OMC los mecanismos que según los países se habían adoptado para la transición hacia una economía verde, como por ejemplo en la disputa de las tierras raras de China⁷⁰. Este caso ofrece una guía importante para el uso sostenible de recursos naturales, una dimensión clave de la economía verde global y distintas aproximaciones para asegurar que se ha optado por una administración sustentable de los recursos. En la disputa China argumentó que las restricciones se encuentran relacionadas con la conservación de sus recursos naturales agotables, y que eran necesarias para reducir la contaminación causada por la minería. Los reclamantes no estaban de acuerdo, argumentando que las restricciones están diseñadas para proveer a las industrias chinas que producen bienes más refinados de un acceso protegido a los materiales en cuestión. Esencialmente, el panel de la OMC concluyó que ni los deberes de exportación y ni las cuotas de exportación podían justificarse por referencia al artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994. Objetaron la manera en que China había diseñado la medida, concluyendo que no cumplía con el requerimiento de ser necesaria para proteger la salud humana (esencialmente porque estos minerales de tierras raras son explotados con el mismo ritmo pero para la producción doméstica) y no era una medida relacionada con la conservación de recursos naturales agotables. El Panel concordó con China que el término “conservación” en el Artículo XX(g) del GATT 1994 significa más que simplemente la “preservación” de recursos naturales, y que todo Miembro de la OMC puede tomar en consideración sus propias necesidades y objetivos de desarrollo sostenible al diseñar una política de conservación, en concordancia con el principio general de derecho internacional de la soberanía sobre los recursos naturales que se refleja en varios instrumentos de las Naciones Unidas y demás instrumentos internacionales. El Panel después concluyó que la cuota de exportación no estaba diseñada para conservar los recursos naturales porque no se había adoptado restricciones a nivel doméstico. Esta disputa demostró que el compromiso de las políticas públicas de un Estado con la transición a una economía más verde no debería sobrepasar otras obligaciones internacionales como la no-discriminación. Esta es una revelación importante para la economía verde global porque hasta cierto punto, como en el caso de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) “Australia v. Japón” por la caza de ballenas, el Panel de la OMC recomienda un enfoque internacional a la conservación en desmedro de un enfoque unilateral.

En otro caso reciente, el programa de *Feed-In Tarriff* (FIT) de Ontario fue puesto bajo revisión debido a una queja de Japón y la Unión Europea. Este es un caso de la OMC

⁶⁹ GEHRING, M. y CORDONIER SEGGER M, *supra* 59.

⁷⁰ OMC. 2014. China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WTO Document DS431, Panel Report 26 March 2014.

particularmente relevante para las medidas de la economía verde. En su fallo de diciembre de 2012, el panel de Canadá-FIT proveyó una guía importante respecto al diseño de una prima por inyección eléctrica⁷¹. La disputa surgió en septiembre de 2010, cuando Japón solicitó consultorías con Canadá en el marco de la OMC, quejándose por las medidas que imponían requisitos de contenido doméstico sobre las industrias de energías renovables de Ontario⁷². En agosto de 2011, la Unión Europea también solicitó consultorías con Canadá concerniendo las mismas medidas⁷³. Las dos disputas fueron adjudicadas simultáneamente ante el mismo panel⁷⁴. Los reclamos elevados por la Unión Europea y Japón se relacionan con un esquema de Ontario para proveer precios garantizados, a largo plazo y favorables para los productores de energía eólica, solar, pequeñas hidroeléctricas y de biomasa, en la medida que estos productores compraran bienes y servicios determinados de compañías locales en Ontario ('programa *Feed-In Tariff* de Ontario' o 'programa FIT Ontario'). En resumen, los reclamantes elevaron dos argumentos centrales: Primero, se argumentó que el esquema viola la regla del 'tratamiento nacional' según la estipula el Artículo III(4) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y en los Artículos 2.1 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC). Segundo, se postuló que el programa FIT de Ontario contraviene el Artículo 3.1(b) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), según el cual los subsidios que son contingentes al uso de contenidos locales se encuentran prohibidos.

La segunda pregunta examinada por el Panel fue sobre si el requisito de contenido local del programa FIT Ontario es un subsidio prohibido, de acuerdo con el Acuerdo SMC. Esto es importante para la economía verde global porque muchas leyes sobre las primas por inyección eléctrica podrían ser capturadas por este fallo. A objeto de responder esta pregunta, el Panel tuvo que determinar primero si el programa FIT Ontario debiera ser considerado como un 'subsidio', de acuerdo con la definición provista en el Artículo 1.1 del Acuerdo SMC. Bajo esta definición un 'subsidio' debe incluir dos componentes: una 'contribución financiera', y un 'beneficio'. De modo interesante, el Panel continuó al declarar que incluso si se había demostrado un precio de mercado competitivo por parte de los reclamantes, tal precio no podía servir como un punto de referencia apropiado en el caso.⁷⁵ Esto era porque, donde existe un precio competitivo, los objetivos de política pública tales como la diversificación de fuentes de energía y la reducción de gases de efecto

⁷¹ OMC. 2013. Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector (Complaint by Japan); Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (Complaint by the EU) [2013] WTO Doc WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (AB Report) [Canada FIT].

⁷² OMC. Canadá – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector (Complaint by Japan), DS412. [en línea] <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm>

⁷³ OMC. Canadá – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (Complaint by the EU), DS426. [en línea] <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds426_e.htm>

⁷⁴ OMC. Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector (Complaint by Japan); Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (Complaint by the EU) [2012] WTO Doc WT/DS412/R, WT/DS426/R (Panel Report) [Canada FIT].

⁷⁵ Ibid., para. 7.320.

invernadero (mencionados en el informe únicamente como ‘impactos ambientales’) no podían lograrse. Como un enfoque alternativo, el Panel sugirió el siguiente punto de referencia para la determinación de las ‘condiciones actuales del mercado’⁷⁶. De acuerdo con el Panel, los factores que deben considerarse en este respecto incluían la aspiración de Ontario de eliminar centrales en base a carbón, la necesidad de la Provincia de reemplazar sus instalaciones de producción de energía, y su compromiso para alentar la producción de energía de fuentes renovables⁷⁷. El Panel además añadió que la comparación correcta en este caso habría sido comparar la tasa de retorno obtenida por los generadores FIT bajo los términos y condiciones de los Contratos FIT y microFIT con el costo promediado del capital en Canadá para proyectos que tuvieran un perfil de riesgo comparable en el mismo período⁷⁸.

Es este último fallo (al que se opuso un miembro del Panel en una opinión separada) el que es de particular interés para la economía verde global. En su decisión, el Panel reconoció *de facto* las circunstancias especiales que son únicas en las inversiones en la energía renovable. El Panel reconoció que tales proyectos no pueden competir en la actualidad en el mercado general de la energía, pues incluyen un riesgo más alto, contienen beneficios sociales adicionales ‘desapreciados’ para tales proyectos⁷⁹, y que en los mercados ya distorsionados de la energía puede ser que el apoyo gubernamental para este sector sea de hecho necesario. De acuerdo con lo anterior, el Panel decidió interpretar el término ‘condiciones actuales de mercado’ en este caso de una manera muy expansiva: comprando las primas FIT solo con proyectos que tuvieran un perfil de riesgo comparable, y al tomar en cuenta consideraciones públicas más amplias (como las políticas ambientales) como aspectos relevantes para este examen legal. El fallo del Panel aparece así indicando que las medidas sobre el clima, si son bien diseñadas, no violan reglas sobre subsidios u otros aspectos del comercio.

Desafortunadamente, en la apelación de Japón relacionada con el Artículo 1.1(b) del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación revirtió el pronunciamiento del Panel sobre el fracaso de Japón para establecer que el Programa FIT y Contratos FIT y microFIT que cumplieran con el significado del Artículo 1.1(b) del Acuerdo SMC, porque el Panel erró al definir el mercado relevante y al analizar los beneficios. A la luz de estos descubrimientos, el Órgano de Apelación no consideró necesario referirse al reclamo alternativo de Japón sobre las inconsistencias de la actuación del Panel con el Artículo 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (DSU). El Órgano de Apelación fue incapaz de completar el análisis sobre si las medidas desafiadas confieren un beneficio que cumpla con la definición del Artículo 1.1(b) del Acuerdo SMC y sobre si Canadá actuó inconsistentemente respecto a los Artículos 3.1(b) y 3.2 del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación no asumió el asunto con el análisis de políticas públicas del Panel pero más bien criticó el modo en que el Panel

⁷⁶ Ibid., para. 7.322 (énfasis añadido).

⁷⁷ Ibid., para. 7.322.

⁷⁸ Ibid., para. 7.323.

⁷⁹ Ibid., p. 135.

no comenzó con un análisis inicial sobre el mercado relevante. Así que en efecto, si bien puede ser ligeramente más oneroso sostener un argumento de economía verde en casos de subsidios, no es imposible, tal como muestra el razonamiento del Panel.

3. Transición legal a la Economía Verde y el derecho económico internacional

Según se anotó más temprano, la implementación del desarrollo sostenible ha sido especialmente difícil en el derecho económico internacional. Al mismo tiempo, el derecho internacional económico respecto al comercio, a la inversión y a las finanzas, puede ser importante, si los proponentes de una economía más verde buscan fortalecer el sistema económico mediante más asignación de capitales e internalización de costos totales de producción. Es además el ecosistema dentro del cual la idea de la economía verde requiere afianzarse. Algunos críticos en ambos lados de la ecuación han resaltado como las medidas de la economía verde no pueden ser adoptadas o implementadas debido al derecho internacional económico y por tanto argumentar a favor del rechazo completo de las ideas económicas o el rechazo completo de las ideas ambientales. Esta sección explora la evolución de las contribuciones del comercio internacional, la inversión y el derecho financiero en pos de una economía más verde; resaltando progresos importantes y desafíos y considerando remedios legales y de política potenciales para solucionar dificultades.

3.1 Derecho Comercial Internacional

3.2 El comercio y la economía verde

El comercio internacional, reconocido como el “motor para el desarrollo y el crecimiento económico sostenido” en la conferencia Rio+20, tiene un rol matizado en la promoción de una economía más verde. El comercio puede ser esencial al promover el intercambio de bienes y servicios ambientalmente amigables (incluyendo tecnologías ambientalmente razonables), incrementando la eficiencia de los recursos, y generando oportunidades económicas y empleos. La transición a una economía más verde guarda el potencial para crear oportunidades ampliadas de comercio, por ejemplo, en el mercado global de tecnologías bajas en carbono y con eficiencia energética que se proyecta cercano a los 2.2 trillones de US\$ para el 2020, abriendo nuevos mercados de exportación, incrementando el comercio y enverdeciendo las cadenas de distribución internacionales⁸⁰. En resumen, el PNUMA nota que “existen signos positivos que las prácticas relacionadas a comercio van moviéndose hacia una mayor sostenibilidad ambientales, social y económica. Estas tendencias deben ser alentadas así como informadas completamente por los mandatos de Rio+20 para avanzar la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la

⁸⁰UNEP. 2013. Green Economy and Trade – Trends, Challenges and Opportunities. [en línea] UNEP <<http://www.unep.org/greeneconomy/GreenEconomyandTrade>>.

erradicación de la pobreza”⁸¹. Dicho esto, sigue siendo probable que nuevas leyes y políticas que promuevan la completa internalización de los costos ambientales desafíen otras reglas internacionales de comercio e inversión, incluyendo la propiedad intelectual, estándares y protección de inversionistas extranjeros⁸².

3.3 Desafío

Según destaca Meléndez-Ortiz, el sistema de comercio actual no será capaz de conducir fácilmente al mundo hacia una economía verde, principalmente debido a la falta de progreso en la creación de un marco legal multilateral para avanzar en los aspectos relacionados al comercio de una economía verde⁸³. Esto se ilustra de mejor manera por las negociaciones retrasadas de Doha donde fue protagonista la liberalización de los bienes y servicios ambientales (BSA). Liberalizar los BSA es esencial pues puede crear nuevos mercados y oportunidades de exportación a la vez que promueve el acceso a bienes y tecnologías “verdes” a costos reducidos y con mayor eficiencia⁸⁴. Así, el párrafo 31 (iii) de la Declaración de Doha exigió una “reducción o, cuando corresponda, eliminación barreras arancelarias y no arancelarias para los bienes y servicios ambientales”. Sin embargo, los términos de la negociación actual, la ambigüedad respecto a la definición y la cobertura de “bienes ambientales” y la divergencia de definiciones y enfoques propuestos (por ejemplo algunos miembros propusieron un enfoque ‘basado en listas’ mientras China proponía una ‘lista común’) han evitado que el mandato se vuelva operativo.

No obstante algún progreso se ha realizado en el contexto de acuerdos de comercio regionales. Notablemente, el 2010, miembros del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) adoptaron la Declaración de Honolulu, que proponía desarrollar una lista de BSA, seguida de un acuerdo para liberalizar los aranceles sobre 54 bienes ambientales en la reunión de la APEC en Rusia en septiembre de 2012. Los acuerdos de comercio regionales de la Unión Europea son otras iniciativas notables. Basada en el principio del desarrollo sostenible, la UE ha ido avanzando en la liberalización del comercio de bienes y servicios ambientales. Por ejemplo, el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) con el Foro Caribeño el 2008 incluye un capítulo sobre “comercio y desarrollo sostenible”; el Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado con Corea del Sur es notable por “un profundo nivel de integración y amplia cobertura”; el acuerdo de asociación firmado con los países de Centro América se encuentra entre los acuerdos avanzados en términos de sus referencias al desarrollo sostenible; y el TLC concluyó con referencias innovadoras de los países Andinos al cambio climático y la biodiversidad⁸⁵. Si bien son significativos por su

⁸¹ Ibid., p. 23.

⁸² MELENDEZ-ORTIZ, Ricardo. 2011. Rio+20 Briefing #1: Governance of international trade for the green economy. 5 BÍORES.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ CORREA, *supra* 18.

⁸⁵ CORREA, *supra* 18.

cuenta, se asigna una importancia trascendente a estos acuerdos regionales pues pueden volverse bloques de construcción importantes para un marco multilateral.

Según han argumentado los expertos del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (CISDL) en un artículo preparado con el Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible (ICTSD), las medidas para identificar impactos del cambio climático y otras preocupaciones de la sostenibilidad ahora se encuentran integradas en los procesos preparatorios y de negociación de algunos países, donde estos métodos y su significación son tomados en cuenta⁸⁶. En particular, las evaluaciones de impacto están revelando tensiones clave entre el comercio y el cambio climático, no solo en términos de la necesidad de asegurar la flexibilidad a los reguladores para enfrentar razonablemente nuevas amenazas y oportunidades del clima mientras se evita el proteccionismo encubierto, sino también para enfrentar la necesidad de una nueva cooperación para implementar más que boicotear los objetivos internacionales y nacionales sobre cambio climático y la necesidad de reducir subsidios y otros incentivos para el comercio y la inversión en bienes y servicios obsoletos, mientras se amplía el comercio y la inversión en tecnologías de menor carbono, bienes y servicios que apoyan el desarrollo sostenible⁸⁷. En otras palabras, especialmente en el derecho económico internacional, existe una dimensión procedimental fuerte que puede facilitar la transición a una economía más verde. Y efectivamente, más recientemente las negociaciones sobre bienes ambientales se han iniciado como plurilaterales, i.e. negociaciones opcionales.

3.4 Oportunidades

Mientras los acuerdos regionales o bilaterales implican un avance para los aspectos de comercio necesarios para la transición a una economía verde, según enfatiza Correa, la importancia de un marco multilateral para asegurar la coherencia de los objetivos a nivel internacional y la efectividad de la implementación por vía de medidas nacionales no debe ser subestimada⁸⁸. Este es especialmente el caso considerando que la mayoría de las disposiciones legales en las iniciativas regionales son redactadas en lenguajes ‘blandos’ y se mantienen como obligaciones abiertas. La importancia del marco internacional encuentra eco en el informe de 2013 del PNUMA sobre el comercio y la economía verde que aboga por el desarrollo de nuevas reglas multilaterales bajo la OMC, especialmente debido a que tal paraguas internacional crea más espacio para políticas a nivel nacional.

⁸⁶ HARRINGTON, Alexandra, DE ANDRADE CORREA, Fabiano, CORDONIER SEGGER, Marie-Claire, GEHRING, Markus W., REYNAUD, Patrick y MELLA, Rodrigo. 2013. Climate Change and Sustainable Energy Measures in Regional Trade Agreements (RTAs): An Overview” August 2013, ICTSD Climate Change Architecture Series [en línea] ICTSD <<http://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2013/08/climate-change-and-sustainable-energy-measures-in-regional-trade-agreements-rtas.pdf>> [consulta: julio 2015].

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ CORREA, *supra* 161.

Más aún, según sugiere Meléndez-Ortiz, el establecimiento de reglas consistentes para acuerdos de comercio preferente bajo el paraguas de la OMC, con revisiones de una “Grupo de Trabajo Global de Ministros”; podría lograr mejoras crecientes al construir sobre reglas existentes para eliminar subsidios gubernamentales que están dañando el medio ambiente; y ampliar el sistema al incorporar cooperación específica para cada tema fuera de instituciones relacionadas al comercio pudiendo amplificar la contribución (por ejemplo la OCDE podría llegar a un acuerdo sobre un impuesto sobre subsidios a la agricultura) y armonizar los estándares o haciéndolos interoperables⁸⁹. Enverdecer toda la OMC sigue siendo desafiante entonces⁹⁰, pero la promesa de la economía verde y la asignación de precios a algunos bienes y servicios ambientales que actualmente se usan gratis, no solo es compatible con las reglas de la OMC sino que además podría crear una situación de mutuo beneficio para el comercio y el medio ambiente.

4. Derecho Internacional de la Inversión

4.1 La inversión y la economía verde

Según se ha establecido a lo largo del artículo, podría decirse que la redirección de la inversión hacia los sectores verdes es la llave para entrar a la economía verde. En el informe “Hacia una Economía Verde” del PNUMA, se anota que un 2% de los GEI globales por año hasta el año 2050 en sectores clave es necesario para transitar hacia una economía verde; tal inversión necesita ser estimulada por reformas políticas nacionales e internacionales.

4.2 Desafíos

Sin embargo, podrían producirse algunos ‘desafíos de la transición’ relacionados con riesgos de litigación resultantes de la aplicación de disciplinas de inversión⁹¹. Bajo tratados de inversión, se otorgan diferentes derechos a los inversionistas extranjeros. En ellos, cláusulas sustantivas sirven para nivelar la ‘cancha económica’ entre los participantes extranjeros y domésticos del mercado (tratamiento nacional) o entre extranjeros de diferentes países (nación más favorecida). Esto requiere de especial cuidado para la adopción e implementación transparente de cambios en las reglas legales en pos del interés público⁹². El Trato Justo y Equitativo (TJE) es un estándar procedimental que exige proporcionalidad y debido proceso en la implementación de las regulaciones nacionales.

⁸⁹ MELENDEZ-ORTIZ, Ricardo, *supra* 82.

⁹⁰ ESTY, D. 1994. *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*. Washington, MIT Press.

⁹¹ VINALES, Jorge. 2012. *The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes Under International Law*. The Graduate Institute Research Paper 9.

⁹² MILES, Kate. 2007. *Transforming Foreign Investment: Globalisation, the Environment and a Climate of Controversy*. *Macquarie Law Journal* 81 (7).

Mientras tanto, aunque se estime que una medida es discriminatoria, no lleva automáticamente a una violación del TJE; en cambio, las consideraciones sobre la proporcionalidad relativas al balance entre la relevancia del interés público y el impacto sobre el inversionista se evalúa en términos de la ‘razonabilidad’ de sus expectativas⁹³.

Sin embargo, tales disposiciones de inversión pueden no siempre apoyar objetivos de la economía verde que busquen redirigir inversiones hacia sectores económicos ‘verdes’. Por ejemplo, los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) pueden representar una amenaza significativa para políticas nacionales que promueven energías renovables en un comienzo, pero luego los AII pueden también servir para proteger la industria de energías renovables de cambios arbitrarios como se vio en España. La decisión del Tribunal sobre la nación más favorecida en *Parkerings* es alentadora pues indicó que los Estados pueden diferenciar entre inversionistas en base a preocupaciones ambientales, valoraciones culturales y obligaciones domésticas e internacionales, siendo que la identificación del Pueblo Viejo como Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO fue un factor decisivo para el juicio en particular. Si bien existen ejemplos progresivos, como el Protocolo de la Carta de la Energía con un énfasis en la eficiencia energética, los Acuerdos Multilaterales de Energía a la fecha no hacen un vínculo explícito entre la energía renovable y la mitigación del cambio climático y hace que las medidas domésticas se vean ‘sospechosas’. Otro tema relativo a estándares sustantivos involucra los Estándares para el Portafolio de Renovables, los cuales son considerados problemáticos bajo la regla del tratamiento nacional del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) dado que ‘discriminan’ contra proyectos de inversión que son excluidos de los estándares del portafolio de renovables⁹⁴. Las políticas de energías renovables podrían solo en circunstancias extremas constituir una expropiación indirecta.

Los instrumentos basados en el mercado también son importantes para atacar el problema de las externalidades ambientales al poner un precio al carbono. Dos casos en particular, *Arcelor SA*⁹⁵ y *US Steel Kosice vs. la Comisión*⁹⁶ ilustran como un inversionista puede elevar un reclamo contra un sistema de *cap and trade* con respecto a la inclusión en el sistema y la cantidad de permisos asignados. En *Arcelor*, la compañía de acero argumentó que la Directiva Francesa 2003/87 infringió los estándares sustantivos, dado que los productores de metales no-ferrosos y químicos no fueron sometidos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sostuvo que la Directiva no constituía una

⁹³ MILES, Kate. 2010. Sustainable Development, National Treatment and Like Circumstances in Investment Law. En: CORDONIER SEGGER, Marie-Claire, NEWCOMBE, Andrew y GEHRING, Markus (eds.). 2010. Sustainable Development in World Investment Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

⁹⁴ GENTRY, Bradford y RONK, Jennifer. 2007. International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy. [en línea] Yale Environmental Protection Law Clinic <<http://www.gmfus.org/doc/economics/Howse-Eliason-climateWTO.pdf>> [consulta: julio 2015]

⁹⁵ EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Société Arcelor Atlantique et Lorraine et al. v. Premier Ministre, Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie, Ministre de l’Ecologie et du Développement Durable, ECJ Case C-127/0, Judgment (16 December 2008).

⁹⁶ EUROPEAN COURT OF JUSTICE. US Steel Kosice v. Commission (Order of the Court) [2008] ECR I-96, Case C-6/08.

infracción del principio de tratamiento equitativo. Aunque este caso no concierne a la aplicación de un tratado de inversión bilateral, es instructivo pues el Tribunal justificó la diferenciación basado en los niveles de emisiones de los procesos de producción de energía. En *US Steel Kosice*, el reclamo del inversionista, respecto a la presión de la Comisión sobre Eslovaquia para reducir la cantidad de permisos de emisión, fue nuevamente considerado inadmisibles por el TJUE. A pesar de estos consistentes fallos, siguen surgiendo casos similares y actualmente existen numerosos casos pendientes contra Estados de Europa Oriental. Más aún, es dudoso que sentencias favorables que defiendan la legitimidad de las regulaciones hubieran resultado si estos casos hubieran sido oídos por tribunales de inversión en lugar de la TJUE⁹⁷.

4.3 Oportunidades

Casos notables incluyen *Parkerings v. Lituania*⁹⁸ donde el derecho internacional ambiental claramente influyó en la evaluación de la similitud, y el caso *Arcelor* donde el derecho internacional ambiental fue utilizado para justificar el tratamiento diferenciado. La doctrina de los poderes policiales ha sido usada en *Chemtura v. Canadá*⁹⁹ para justificar una medida ambiental apuntada y nuevamente en *Pine Valley v. Irlanda*. Existen dos niveles en que el foco de las cláusulas emergencia/necesidad está siendo ampliado. Muchos Tratados de Inversión Bilaterales (TIBs) ahora contienen disposiciones sobre el desarrollo sostenible¹⁰⁰. Los acuerdos de comercio regionales con capítulos de inversiones, en particular, están empezando a incluir lenguaje en sus preámbulos sobre desarrollo sostenible, como se puede ver en la siguiente tabla:

NAFTA	Las partes resuelven “promover el desarrollo sostenible”: Preámbulo; Las partes resuelven diferir ciertas circunstancias a Acuerdos Ambientales Multilaterales (AAMs) en ciertas circunstancias (Arts. 103 & 104); Las partes resuelven no rebajar estándares para atraer inversiones (Cap. 11); tratado de cooperación Norteamericanos sobre medio ambiente y trabajo.
TLCs Canadá-Chile y EEUU-Chile	Las partes resuelven “promover el desarrollo sostenible”: Preámbulo; Las partes “reconocen la importancia de fortalecer la capacidad de proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible”: Art. 19.5 EEUU-Chile; capítulos y tratados ambientales y laborales EEUU-Chile.

⁹⁷ Vinuales, *supra* 91.

⁹⁸ INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8.

⁹⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, Award (2 August 2010).

¹⁰⁰ CORDONIER SEGGER, Marie-Claire, NEWCOMBE, Andrew y GEHRING, Markus (eds.). 2010. *Sustainable Development in World Investment Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010).

TLC EEUU-Australia	Implementar “de manera consistente con su compromiso con altos estándares laborales, desarrollo sostenible, y protección ambiental.”: Preámbulo Capítulo 19 (Medio Ambiente); prevalecerá en la medida de la inconsistencia. Art. 11.2.
Mercosur	Objetivo de “desarrollo sostenible y protección ambiental a través del desarrollo de las dimensiones económicas, sociales y ambientales: Art. 4, Cap. 2, Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente.
Acuerdo Comprensivo de Cooperación Económica (CECA) India-Singapur	“...La liberalización económica y comercial debieran permitir el uso óptimo de recursos naturales de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, buscando tanto la protección como la preservación del medio ambiente.”: Preámbulo.
TIB Reino Unido-Uruguay	Excepciones a los requerimientos de desempeño: Art. 8; No debilitar leyes ambientales y laborales: Arts. 12 y 13; Nombrar expertos en medidas científicas ambientales, de salud, seguridad o de otra índole: Art. 32.
TIB Canadá-Perú	“... la promoción y protección de inversiones de inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte será conducente... a la promoción del desarrollo sostenible”: Preámbulo; “Cada Parte deberá alentar que las empresas operen dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción para incorporar voluntariamente estándares reconocidos internacionalmente de responsabilidad social empresarial en sus políticas internas...” (Art. 801)
TIB Alemania-Trinidad & Tobago	“Reconociendo el importante rol complementario de las inversiones extranjeras en el proceso del desarrollo económico, reconociendo también la necesidad crecientes de medidas para proteger el medio ambiente”: Preámbulo.

Segundo, la protección del medio ambiente está siendo considerada como un interés que debe ser protegido por la defensa de la necesidad acostumbrada. Algunas medidas ambientales domésticas son exigidas por el derecho internacional ambiental lo que hace que su compatibilidad sea relativamente fácil de evaluar.

4.4 El sector financiero y la economía verde

En general, puede entenderse que el rol del sistema financiero es proveer “el financiamiento y la liquidez necesarios para la actividad humana y económica prosperen”¹⁰¹. Este sector tiene un rol central para transitar hacia una economía verde: puede decirse que arreglar la brecha financiera y asegurar flujos financieros en “cambios

¹⁰¹ CAMBRIDGE INSTITUTE FOR SUSTAINABILITY LEADERSHIP (CISL) & UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME FINANCE INITIATIVE (UNEPFI). 2014. Stability and Sustainability in Banking Reform: Are Environmental Risks Missing in Basel III? Cambridge and Geneva, CISL, at 25.

estructurales y tecnológicos en sectores claves tales como la infraestructura, la industria, la agricultura y el transporte”¹⁰² es la tarea más urgente para la comunidad internacional para transitar hacia una economía verde.

Desde otro ángulo, el vínculo entre los ‘riesgos ambientales sistémicos’ y la estabilidad financiera ha recibido una atención renovada en las secuelas de la crisis financiera global del 2008, pues demostró agudamente como las instituciones y los mercados financieros influyen el medio ambiente y la sostenibilidad. Mientras tanto, la caída actual financiera ha incrementado los problemas de liquidez, haciendo más difícil acceder al financiamiento especialmente para proyectos empresariales y de infraestructura¹⁰³. Recurriendo al trabajo de Weber, existen probablemente tres maneras en que el sector financiero puede apoyar a una economía más verde: 1) el sector financiero puede influenciar el nivel de responsabilidad ambiental de las actividades de sus clientes (proyectos, prestatarios o receptoras de inversiones); 2) regulaciones ambientales (por ejemplo, el manejo del riesgo ambiental en la administración de riesgos crediticios) pueden afectar al sector financiero; y 3) la presión de accionistas, el ‘riesgo reputacional’ de las instituciones financieras puede ser influenciado por accionistas que exigen desarrollo sostenible¹⁰⁴. Por sobre todo, el rol de la industria privada es esencial mientras los recursos de los sectores públicos nacionales e internacionales sean significativamente menores que aquellos del mercado financiero global y se proyecta que seguirán siendo limitados¹⁰⁵.

En este contexto, los inversionistas han empezado a considerar la inversión sustentable o verde como un criterio importante para maximizar los intereses de largo plazo de sus beneficiarios¹⁰⁶. Se ha realizado un progreso notable a nivel nacional e internacional para ampliar el rango de potenciales prestamistas para iniciativas bajas en carbono en la forma de bonos verdes y cambios en el marco regulatorio internacional para que los bancos reconozcan y enfrenten los riesgos ambientales sistémicos. Si bien el análisis de la contribución potencial de este sector es solo preliminar, algunos progresos, desafíos y potenciales soluciones legales y de política pública pueden ser destacados.

¹⁰² UNCSD Secretariat. 2012. Finance for the Transition to a Green Economy in the Context of Sustainable Development and Poverty Eradication. RIO 2012 Issues Briefs (August 2012). [en línea] <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/649brief16.pdf>> [consulta: julio 2015]

¹⁰³ MOREL, Romain y BORDIER, Cecile. 2014. Financing the transition to a green economy: their word is their (green) bond? CDC Climate Brief 14, May 2014.

¹⁰⁴ WEBER, Olaf. 2014. The Financial Sector’s impact on sustainable development. *Journal of Sustainable Finance & Investment* 1 (4).

¹⁰⁵ “The Bank for International Settlement has projected a high debt/GDP ratio for many major economies for the next 20 years”. UNEP, *supra* 2.

¹⁰⁶ Algunos columnistas han indicado que “most debates on international financial governance ignore the powerful influence that financial markets have on the environment. indeed, in the official debates concerning global financial regulatory reform in the aftermath of the 2007-2008 financial crisis, the relationship between global financial regulation and the environment was completely ignored”. Ver: Thistlethwaite 2011.

4.5 Progreso y Desafíos

Esencialmente, financiar la transición a una economía verde requiere dos componentes: el flujo de capital de países desarrollados a países en desarrollo; y el flujo de capitales hacia proyectos bajos en carbono y sustentables desde los tradicionales sectores de alto consumo energético. Respecto a estos últimos, hay dos compromisos internacionales de los países desarrollados que son clave para asistir a los países en desarrollo para que persigan el crecimiento económico de manera sustentable. El Consenso de Monterrey indica que un 0,7% del producto interno bruto del país del donante debiera ser otorgado como asistencia transoceánica directa. El Acuerdo de Copenhague compromete a los países a aportar \$100 billones de USD por año para el 2020 para la mitigación del cambio climático y la adaptación de países en vías de desarrollo. Estos solo fueron acuerdos no vinculantes, y puede sugerirse que pocos países los han honrado; no obstante la existencia de tales marcos internacionales debieran servir como un estímulo y como una plataforma para provocar compromisos. El que el Fondo Verde para el Clima haya alcanzado, y de hecho excedido, su objetivo de 10 billones de USD para financiamiento climático para países en vías de desarrollo en la 20^o Conferencia de las Partes en Lima, es un signo alentador.¹⁰⁷

Por otra parte, los bancos juegan un rol integral en lo concerniente al flujo de capitales a proyectos bajos en carbono y de desarrollo sostenible. Mientras los préstamos bancarios para actividades ambientalmente sustentables varían de país en país, ha existido una notable tendencia de los bancos centrales de las economías emergentes para operativizar crecientemente los préstamos verdes¹⁰⁸. Modificaciones a la Convención de Basilea, un grupo de medidas no vinculantes que apuntan a fortalecer la regulación, supervisión y el manejo de riesgos del sector bancario, son significativas en este respecto. Tras la crisis financiera global, el Comité de Basilea declaró modificación a Basilea II. Entre los cambios, como un nivel incrementado de capital regulatorio, requisitos de liquidez y cargos de capital, Basilea III requiere que los bancos evalúen el impacto de los riesgos ambientales en las exposiciones crediticias y de riesgo operacional.¹⁰⁹ Por ejemplo, el párrafo 510n de Basilea III exige a los bancos que “monitoreen apropiadamente el riesgo de responsabilidad ambiental que surge respecto de los colaterales, tales como la presencia de materiales tóxicos en la propiedad”¹¹⁰. A pesar de limitaciones notables en el foco y la efectividad de Basilea III (que serán discutidas brevemente más abajo), éste ha tenido influencias importantes en las prácticas de préstamo de los bancos nacionales en un número de países emergentes. Adicionalmente, dos instituciones internacionales clave de desarrollo

¹⁰⁷ ONU. 2014. Green Climate Fund exceeds initial capitalization target of \$10 billion”, UN and Climate Change (10 December 2014). [en línea] <<http://www.un.org/climatechange/blog/2014/12/green-climate-fund-surpasses-10-billion-goal/>> [consulta: julio 2015]

¹⁰⁸ CISL & UNEPFI, *supra* 101.

¹⁰⁹ *Ibid.*, at 15.

¹¹⁰ *Ibid.*

financiero, la Corporación Financiera Internacional y la Red de Banca Sostenible han estado promoviendo un diálogo entre facultativos ambientales y reguladores financieros para facilitar un mejor entendimiento sobre riesgos ambientales para la estabilidad de sistemas financieros¹¹¹.

China, Brasil y Perú representan un grupo de países donde se han adoptado prácticas bancarias verdes novedosas¹¹². Bajo influencia internacional, acoplado con objetivos domésticos de política para promover el desarrollo sostenible, China ha adoptado un ‘enfoque de cumplimiento proactivo’ al adoptar las Guías para Créditos Verdes de 2012 de la Comisión China de Regulación Bancaria (CBRC). La Comisión trabaja para promover los préstamos en apoyo de actividades económicas ambientalmente sostenibles (por ejemplo, infraestructura de energías renovables y tecnología baja en producción de carbono). Se requiere que los bancos documenten y examinen sus préstamos para buscar riesgos ambientales sistémicos y si los proyectos cumplen con estándares ambientales, reportando a la CBRC. Los informes son luego canalizados al Ministerio del Medio Ambiente que usa esa información para rastrear violaciones a la regulación ambiental¹¹³. De modo similar, Brasil adoptó requerimientos similares para el financiamiento de actividades sostenibles y la revelación de información como parte del Pilar 2 de Basilea III (evaluación de supervisión) y el Pilar 3 (requerimientos para la revelación de mercado). Notablemente, el Banco Central do Brasil ha operativizado el Pilar 2 para alentar que los bancos evalúen su riesgo de carbono¹¹⁴. En Perú, los reguladores han tomado un enfoque ligeramente distinto al desarrollar el ‘principio de la diligencia debida’, que requiere que los gerentes de proyecto analicen los riesgos ambientales, sociales y económicos y que el banco supervise esas evaluaciones¹¹⁵.

Mientras los créditos para las fuentes tradicionales se van volviendo más escasos, las avenidas privadas se vuelven críticas: los bonos verdes representan la incorporación de prestamistas privados a la transición a la economía verde. Definidos ampliamente como “instrumentos de renta fija que elevan el capital para un proyecto con beneficios económicos específicos”¹¹⁶, la mayoría de los bonos verdes existentes se enfocan en el cambio climático. Ya existe un mercado global considerable para los bonos verdes, aunque las emisiones a la fecha son minimizadas por el mercado común de bonos. Un mercado de bonos verdes líquido requiere al menos \$200-300 billones de USD, hecho a partir de bonos calificados como BBB o mejores¹¹⁷. Los bonos verdes emitidos por instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial (más que nada para financiar sus propios proyectos) han sido bien calificados, mientras que los bonos apoyados en activos

¹¹¹ Ibid., at 9.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid., at 17.

¹¹⁴ Ibid., at 18.

¹¹⁵ Ibid., at 18.

¹¹⁶ SUSTAINABLE PROSPERITY. 2012. Green Bonds. Policy Brief (Junio 2012). [en línea] <<http://www.sustainableprosperity.ca/dl854&display>> [consulta: julio 2015]

¹¹⁷ Ibid.

emitidos por empresas de energías renovables u otras empresas han sido más pequeños y con mayor nivel de riesgo. Los bonos son parte de los mecanismos preferibles que han sido previstos para la implementación operacional del Fondo Verde para el Clima a nivel internacional¹¹⁸.

Una cantidad de desarrollos locales de bonos son notables. En estas, las autoridades sub-nacionales abren una fuente regular de ingresos, cumpliendo a la vez con los requisitos de inversionistas pudiendo ofrecer un perfil de riesgo atractivo para inversionistas en el largo plazo. Entre otros ejemplos importantes se incluyen los Bonos Calificados de Conservación de Energía de EE.UU. y los Bonos de Energías Renovables Limpias de los EE.UU. (una garantía respaldada por el gobierno puede ser añadida a los incentivos tributarios para promover esta forma de financiamiento que ha permitido recolectar US\$5,6 billones desde 2006)¹¹⁹, así como el bono verde del consejo regional de *Ile-de-France*. Como primer bono verde para el mercado de bonos europeo, se ha anotado como un éxito por cuanto se beneficia de la tendencia de los inversionistas a considerar criterios extra-financieros, como la sostenibilidad¹²⁰.

4.6 Oportunidades

Una limitación notable con el actual Convenio de Basilea es que no se refiere explícitamente al vínculo entre los riesgos ambientales y la estabilidad financiera. Se ha recomendado por tanto que el Comité de Basilea trabaje con los reguladores bancarios para “adoptar las mejores prácticas actuales en el manejo de asuntos ambientales, y para recolectar la información necesaria y conducir análisis para refinar la comprensión de los sectores bancarios sobre el riesgo ambiental sistémico y su habilidad de enfrentarlo a futuro”¹²¹. Más aún, los supervisores bancarios debieran estar obligados a explorar el impacto a la estabilidad financiera asociado a ofrecer créditos a prácticas ambientalmente sustentables y no sustentables bajo el Pilar 2 (Revisión de supervisión) y examinar la factibilidad de revelar información concerniente a los riesgos ambientales - de manera estandarizada entre los países¹²². Este es un punto clave que la revelación de información debe hacerse comparable a través de los bancos y las jurisdicciones; y porque la regulación internacional es importante pues puede crear un campo de juego internacional nivelado. Por otro lado, lo que aún queda pendiente de ser más explorado es la compensación de hacer que el crédito esté disponible para prácticas sostenibles (al proveer aseguramiento y garantías), lo que puede terminar incrementando la exposición al riesgo¹²³.

¹¹⁸ MOREL y BORDIER, *supra* 103, at 7.

¹¹⁹ SUSTAINABLE PROSPERITY, *supra* 116.

¹²⁰ MOREL y BORDIER, *supra* 103.

¹²¹ CISL y UNEPFI, *supra* 101, at 8.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

Respecto a los bonos, se hacen presentes preocupaciones similares. Siendo que los bonos emitidos por compañías privadas son entendidos crecientemente como una fuente importante de financiamiento y un modo de financiamiento para sus propias iniciativas; en la práctica, estos bonos cubiertos sufren de una reputación menos favorable en los mercados (las compañías a menudo no son calificadas tan alto como los cuerpos gubernamentales, incluso cuando sus bonos se encuentran cubiertos)¹²⁴. Otros asuntos inmediatos para la expansión de un mercado de bonos verdes son la escala de la emisión, liquidez y monitoreo. Es necesario un gran número de emisiones más grandes de bonos verdes, especialmente para las energías renovables y otros bonos verdes corporativos. Más aún, su liquidez se encuentra restringida debido a volúmenes más bajos de emisión¹²⁵.

Sin embargo, dado que la provisión de financiamiento es central para la transición a bajo-carbono, se puede defender la necesidad de estimular la liquidez del mercado de bonos verdes. Tales medios para incrementar la liquidez que pueden ser logrados por la vía de generalizar las emisiones de bonos públicos deben ser explorados, y deben buscarse medios para que los marcos legales puedan calmar algunas de las preocupaciones y las compensaciones¹²⁶.

Otro problema fundamental y un desafío es que el sistema financiero se ha vuelto más global desde 1980, a pesar de lo cual la legislación internacional y regulación para balancear este desarrollo están faltando¹²⁷. El sector recompensa el cortoplacismo, no conducente a una perspectiva de largo plazo que es necesaria para la economía verde. Para remediar tal dilema, los académicos han propuesto varios remedios legales. Por sobre todo, se ha sugerido que los marcos regulatorios o la legislación para responsabilidad social empresarial y la transparencia podrían reducir los riesgos e involucrar a nuevas clases de inversionistas para frecuentes inversiones sostenibles. Algunos han sugerido remover las barreras a la inversión para las empresas sostenibles de pequeña escala basándose en la observación de que la mayoría de las empresas con impactos positivos sobre el medio ambiente son PyMEs.¹²⁸ Más aún, Richardson ha recomendado mejorar el contexto legal, institucional y de mercado para los fondos minoristas; dado que el sector minorista ofrece el espacio legal más generoso para inversiones socialmente responsables de todos los sectores financieros¹²⁹. De nuevo, dar señales a los inversionistas y a los actores de mercado por igual de que se planea una transición a una economía más verde y que se

¹²⁴ MOREL y BORDIER, *supra* 103.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ SUSTAINABLE PROSPERITY, *supra* 116.

¹²⁷ ALFREDSSON, Eva y WIJKMAN, Anders. 2014. The Green, Inclusive Economy: Shaping society to serve sustainability – minor adjustments or a paradigm shift? [en línea] Global Challenge's Green Economy Working group [en línea] <<http://www.globalutmaning.se/wp-content/uploads/2014/02/Prestudy-for-Mistra-Green-Economy-Final-draft-vers-20140208.pdf>>.

¹²⁸ ENDL, Andreas. 2011. Sustainable investment: options for a contribution to a more sustainable financial sector. ESDN Case Study No.11.

¹²⁹ RICHARDSON, Benjamin. 2013. Fiduciary responsibility in retail funds: clarifying the prospects for SRI. *Journal of Sustainable Finance & Investment* 1 (3).

legislará para ello, puede enviar una importante señal de mercado, especialmente si ocurren desarrollos similares a nivel global.

Conclusiones

Este artículo ha ilustrado el rol del derecho a nivel internacional, regional y nacional para permitir e incentivar la transición hacia una economía verde en el contexto del desarrollo sostenible mediante el examen de disposiciones legales a nivel nacional, regional e internacional, identificando limitaciones y sugiriendo más innovaciones legales especialmente en la arena del derecho internacional económico que involucre comercio, inversión y finanzas. Documentando y explicando las conclusiones de una amplia encuesta, se ha destacado una mezcla heterogénea de medidas legales. La investigación a futuro debiera por tanto dirigirse a la pregunta sobre cómo armonizar enfoques variados; cómo volverlos objetivos legales concretos sobre los cuales todos los Estados pueden estar de acuerdo; y consecuentemente ganar la aceptación de actores económicos y sociales clave. Esta discusión también ha apoyado implícitamente la posición de mejorar las modalidades de enfoques y técnicas legales y estableciendo nuevas disposiciones legales dentro de las instituciones existentes, en vez de crear nuevas instituciones internacionales, como la Organización Internacional de la Economía Verde¹³⁰ para que la gobernanza ambiental facilite la transición y para el apoyo a una economía verde.

Para resumir, las visiones clave derivadas de este artículo son que nuevos marcos legales e instituciones a nivel internacional, europeo y doméstico están siendo puestos a prueba, y que la innovación procedimental puede ayudar en esta transición venidera. Esto provee al derecho internacional ambiental de una oportunidad interesante donde tanto enfoque desde abajo como desde arriba en la gobernanza de la economía verde son puestos a prueba al mismo tiempo. Idealmente estos dos desarrollos van a conectarse eventualmente. Como hemos visto con muchos instrumentos, los marcos internacionales pueden acelerar el paso de la innovación a nivel nacional. Tomando en cuenta el razonamiento de diversos cuerpos adjudicatorios a través de diferentes cuerpos de derecho internacional, emerge una visión más clara de la 'economía verde'. El derecho internacional económico en especial ha demostrado estar abierto a ideas de economía verde y podría así volverse un conductor hacia una economía global más verde. Finalmente, aunque las leyes pueden apoyar una economía más verde, se debe recordar que mucho depende de los procedimientos que se adopten y como son percibidos por los actores económicos.

Recibido: 2-11-2015

Aceptado: 19-12-2015

¹³⁰ CHARNOVITZ, Steve. 2012. Organizing for the Green Economy: What an International Green Economy Organization Could Add. *J Env & Dev* 44 (21).