

ARBITRAJE PARA EL CAMBIO CLIMÁTICO

*Francisco González de Cossío**

Look always at the whole.
- MARCUS AURELIUS

I.	CAMBIO CLIMÁTICO, EN RESUMEN	2
A.	IDEA	2
B.	ELEMENTOS MEDULARES	4
C.	PASOS A TOMAR	6
II.	PROBLEMA	8
A.	TRAGEDIA DE LOS COMUNES	8
1.	<i>Los problemas que detonan una Tragedia de los Comunes.....</i>	<i>8</i>
2.	<i>La Tragedia de los Comunes y la Mano Invisible.....</i>	<i>9</i>
B.	CONSECUENCIAS.....	10
1.	<i>La tragedia de la Tragedia de los Comunes.....</i>	<i>11</i>
2.	<i>La tragedia es especialmente grave cuando sobre bienes importantes.....</i>	<i>11</i>
3.	<i>Ausencia de cooperación.....</i>	<i>12</i>
C.	COYUNTURA	12
III.	DESARROLLOS.....	13
A.	DESARROLLOS	13
1.	<i>Resolución de las Naciones Unidas 72/277.....</i>	<i>13</i>
2.	<i>Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia solicitada por las Naciones Unidas</i>	<i>15</i>
3.	<i>Opinión consultiva “Emergencia Climática y Derechos Humanos” de la CIDH.....</i>	<i>15</i>
4.	<i>Opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.....</i>	<i>16</i>
B.	ESFUERZOS POLÍTICOS Y DE LA SOCIEDAD CIVIL.....	16
C.	CONCLUSIÓN: UN DERECHO EN CONSTRUCCIÓN	17
IV.	UNA SOLUCIÓN DE ACCIÓN COLECTIVA: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR NO CUMPLIR CON EL DERECHO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO, HECHA VALER MEDIANTE ARBITRAJE	18
A.	RÉGIMEN SUSTANTIVO: ¿BAILANDO EN EL TITANIC?	18
B.	CONSECUENCIAS DE INCUMPLIMIENTO: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL O POR INCUMPLIR PACTOS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO.....	18
C.	EL ARBITRAJE COMO MECANISMO PARA VERIFICAR CUMPLIMIENTO.....	19
1.	<i>El arbitraje: la única opción (temporalmente atinada)</i>	<i>19</i>
2.	<i>El arbitraje puede ser idóneo.....</i>	<i>20</i>
3.	<i>El arbitraje captura y canaliza fuerzas sociales</i>	<i>21</i>
V.	COMENTARIO FINAL.....	21

* Experto en solución de controversias. Árbitro, mediador y Dispute Board member activo en casos en todo el mundo. (www.gdca.com.mx). Opiniones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

El cambio climático es el reto más grande que enfrenta la humanidad. Su complejidad es enorme; sus consecuencias prometen ser desastrosas. Su solución requiere acción colectiva. La acción colectiva siempre es problemática—inclusive en grupos pequeños. Entre más grande es el grupo, más difícil y compleja la coordinación de la acción colectiva. Enfrentar el cambio climático exige acción colectiva *total: de todos*. El reto es por ende enorme. Para vencerlo, se necesitarán herramientas nuevas. Tendrán que incluir un mecanismo eficaz y sofisticado que permita aglomerar, encausar y monitorear acción colectiva. Uno que permita ser usado, adecuado e instrumentado para resolver los dilemas que el estado actual del mundo ostenta. Es aquí donde entra el arbitraje: puede conferir un espacio importante de utilidad: capturar y encausar fuerza social en el sentido de servir de mecanismo de monitoreo e implementación de acción colectiva que necesariamente tendrá que tener lugar para enfrentar este reto, el más grande de la historia.

Este ensayo propone una solución. Para ello, explica, sustancia, y aterriza las aseveraciones del párrafo anterior. Toma una ruta distinta a los ensayos que el mercado de las ideas muestra al día de hoy.¹ Se comenzará con un comentario introductorio sobre la situación actual con el cambio climático (§I) contextualizando el problema, incluyendo la (preocupante) coyuntura en que ocurre (§II), para luego explicar y proponer cómo puede, a través del arbitraje, confeccionarse un sistema de colaboración, aglomeración y canalización de fuerza privada para capturarla y dirigirla a enfrentar este problema (§III).

I. CAMBIO CLIMÁTICO, EN RESUMEN

El tema del cambio climático es monumental. En este ensayo no busco agotarlo, sino solo hacer eco de las conclusiones más relevantes, que decanten y expliquen los objetivos que tienen que lograrse (§A), dando los elementos medulares de ello (§B), y pasos específicos a tomar (§C) a efecto de concatenarlos con la propuesta que haré en este ensayo.

A. IDEA²

El mundo se está calentando gradual pero constantemente. Desde hace décadas nos lo han hecho ver científicos diversos, mas no hemos escuchado. El Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (*Intergovernmental Panel on Climate Change* - “IPCC”) de las Naciones Unidas ha hecho estudios serios sobre el tema, concluyendo en que el problema es real, dramático y promete ser desastroso.³

¹ ICC Commission on Arbitration and ADR, Resolving Climate Change Related Disputes Through Arbitration and ADR, 2019. Patrick Thieffry, *L’Arbitrage au XXIe siècle Face aux Enjeux du Changement Climatique*, Revue de l’Arbitrage, Comité Français de L’Arbitrage, 2022-No. 3, p. 899.

² Porciones de esta sección y la siguiente están tomadas de González de Cossío, *Filosofía de la Tecnología: Reflexión Sobre La Tecnología y el Arbitraje* (www.gdca.com.mx/publicaciones).

³ Ver www.ipcc.ch

Aún así existe escepticismo. Personas diversas, incluyendo actores sociales importantes, a veces hasta pensadores,⁴ han elegido cuestionar en vez de colaborar. Ello debe preocuparnos. Si bien todos tenemos derecho a nuestra opinión, no tenemos derecho a nuestros *hechos* (como exige Moynihan⁵). Y el problema con ser injustificadamente recalcitrante con este tema es que complica —a veces anula— la cooperación que tiene que existir para que se logre vencer este enorme e importante reto.

Propongo que debemos escuchar y seguir los resultados del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático⁶ buscando pujar por la mayor cantidad de compromisos en COP. Debemos hacerle caso a pensadores como Mary Robinson (*Climate Justice*⁷), activistas como Christiana Figueres y Tom Rivett-Carnac (*The Future we Choose*⁸) y otros personajes bien-intencionados como Bill Gates, (*How to Avoid a Climate Disaster*⁹) y unir esfuerzos para combatir este problema que enfrentamos todos. Son tres los objetivos a lograr:

- (1) Evitar que el incremento global de la temperatura del mundo, medido desde la Revolución Industrial, supere los dos grados centígrados.
- (2) Para 2030 debe reducirse la huella de carbono a la mitad; y
- (3) Para 2050 deben reducirse *por completo* las emisiones globales.

Ello es el objetivo el Acuerdo de París¹⁰ que fue un logro diplomático formidable, y que el populismo ignorante en boga ha diluido y distraído, inclusive saboteado.¹¹

Los objetivos enunciados son monumentales pero logrables, si cooperamos *todos*. Como advierte Bill Gates:¹²

We need to accomplish something gigantic we have never done before, much faster than we have ever done anything similar... we need to build a consensus that doesn't exist...

⁴ Por ejemplo, Bjorn Lomborg, *False Alarm: How climate change panic costs us trillions, hurts the poor, and fails to fix the planet*, Basic Books, USA, 2020

⁵ “Everyone is entitled to their opinion, but not their facts” es el proverbio de Daniel Patrick Moynihan, diplomático estadounidense.

⁶ Synthesis Report, IPCC Sixth Assessment Report (AR6).

⁷ Bloomsbury Publishing, London, 2018.

⁸ Alfred A. Knopf, USA, 2020.

⁹ Alfred A. Knopf, USA, 2020.

¹⁰ De 12 de diciembre de 2015 y que entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.

¹¹ Existen otros instrumentos importantes como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (9 de mayo de 1992 y que entró en vigor el 21 de marzo de 1994), Protocolo de Montreal (16 de septiembre de 1987) y Protocolo de Kyoto.

¹² *How to Avoid a Climate Disaster*, p. 51

[Tenemos que hacer algo gigantesco nunca antes hecho, más rápido que cualquier cosa que hayamos hecho ... necesitamos construir un consenso que no existe.]

En este ensayo propongo una forma en que el arbitraje puede usarse para lograrlo. Y cómo, dados los retos que es necesario vencer para lograrlo, el arbitraje no solo es ideal para ello, sino que probablemente el único medio que lo logre en el tiempo que debemos hacerlo.

B. ELEMENTOS MEDULARES

Mary Robinson, Enviada Especial de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (*UN Special Envoy on Climate Change*), escribió un libro importante, que debe ser un “abre-ojos” a todos: *Climate Justice*.¹³ Explica el reto del cambio climático y cómo el Acuerdo de París es la respuesta a dicho reto. Busca mantener el incremento de temperatura global muy por debajo de 2°C respecto de los niveles de la Revolución Industrial y propiciar esfuerzos para limitar el incremento de temperatura a 1.5°C (por encima de niveles pre-industriales). Se trata del primer instrumento global para evitar los efectos del cambio climático. Robinson cuenta las dificultades que Christiana Figueres vivió durante años para lograr dicho tratado, y lo encomiable de su gran logro.¹⁴

Es preocupante que, no obstante su importancia, su observancia haya menguado. Deseo hacer eco de la furiosa frustración que Robinson expresa ante la postura de Estados Unidos duante la gestión de Donald Trump respecto del mismo:¹⁵

It is unconscionable that the United States has simply walked away from its responsibility to people both at home and abroad, in the interest of short-term fossil fuel profits, and abandoned an agreement that was negotiated by more than 190 world leaders, over decades, in the interests of all people of the planet.

[Es imperdonable que los Estados Unidos hayan simplemente abandonado su responsabilidad hacia las personas de su país y del mundo para privilegiar utilidades a corto plazo generadas por combustibles fósiles, abandonando un acuerdo que fue negociado por más de 190 líderes del mundo, durante décadas, en beneficio de todos los habitantes del planeta.]

No puedo estar más de acuerdo. Considero que los gobiernos que recientemente han tomado pasos para revertir los esquemas de energía renovable son dignos del mismo reproche. Las personas que los componen no merecen el puesto que se les ha confiado. La/el líder del (complejo) mundo que vivimos debe ser altamente preparado. Sensible a los dilemas que el mundo enfrenta, y esmeroso en canalizar capital político a la consecución de soluciones inteligentes a los mismos.

¹³ Bloomsbury Publishing, London, 2018.

¹⁴ Robinson, *Climate Change*, pp. 127 *et seq.*

¹⁵ Robinson, *Climate Change*, p. 130.

Compárese la postura de Estados Unidos con la respuesta que—*¡minutos después!*—del anuncio de Trump, vino de Francia, Alemania e Italia: “el acuerdo es irreversible”. Sus países continuarán con el mismo. ¡Este es el liderazgo que el mundo necesita! Y que muchos, por dolor o ignorancia, han confundido apoyando a demagogos (populistamente) capitalizan sus dolores o su ignorancia.¹⁶

De continuar las tendencias visibles, la temperatura global subirá a 3 o 4 grados centígrados por encima de niveles preindustriales *en este siglo*. De ocurrir, las consecuencias serán **desastrosas**.¹⁷

El origen de todo esto es la relación del humano con el planeta. La forma en que el humano ha escogido saciar sus necesidades. Un ejemplo comunicativo es la nutrición. Actualmente, el planeta satisface las necesidades alimentarias de 8,000 millones de habitantes. La *forma* en que logramos dicha finalidad es tal que hemos exacerbado la problemática de cambio climático—además de que no nos nutrimos bien.¹⁸ Es decir, cómo nos nutrimos es cuestionable *individual y agregadamente*.¹⁹

La forma en que procuramos nuestras necesidades ha tenido por efecto desplazar y orillar a la fauna. El intercambio consecuente con el humano ha hecho florecer enfermedades, incluyendo Covid-19. La pandemia de coronavirus es fruto de la manera como la especie humana se ha relacionado con los ecosistemas. Su intromisión en nichos de especies salvajes, su tráfico, su distribución y uso, genera la dispersión de enfermedades (como SARS-CoV-2).

Corolario: *El cuidado del planeta es un factor en la toma de **toda** decisión de **toda** actividad del humano.* No hacerlo nos llevará al desastre. De hecho, es válido aseverar que el desastre ya no es futuro, *es presente*. Y cuesta más no hacer nada, que hacer.²⁰

¹⁶ Nunca ha sido más importante ejercer el derecho de voto con responsabilidad. Una obra reciente presenta una idea al respecto que merece eco: *The Politics Industry: How Political Innovation can break partisan Gridlock and save our Democracy*, Katherine M. Gehl y Michael Porter, Harvard Business Review Press, Boston, Massachusetts, 2020. En la misma, se explica cómo el paradigma electoral requiere cirugía mayor para lograr que las personas correctas lleguen al poder, y se premie al que resuelve—no perpetúa y sangüijuea—problemas sociales.

¹⁷ Robinson, *Climate Change*, p. 87.

¹⁸ Ver informe Eat-Lancet (*Food in the Anthropocene: the EAT Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems*) copresidida por el Prof. Walter Willett y el Prof. Johan Rockstrom. La Comisión EAT-Lancet ha reunido a expertos de 16 países en diversos campos como la salud humana, la agricultura, la ciencia política y sostenibilidad ambiental.

¹⁹ Existe una pandemia de desnutrición y una pandemia de diabetes. Éstas conjuntamente procuran una sindemia: la concurrencia y agravación de dos o más pandemias—lo cual por cierto se relaciona con la pandemia de Covid-19. Sumados, tenemos cuatro pandemias que propician un preocupante sindemia.

²⁰ Esta apreciación merece profundización. Ya es más caro no hacer nada, que hacer. El costo de atención del problema de contaminación y cambio climático es alto; es cierto. Pero es menos costoso que no hacerlo. Implicación: si no es por ideal que debemos hacer algo, pues por conveniencia: ¡es más barato!

C. PASOS A TOMAR

La historia de la humanidad es una historia de adaptación ingeniosa a los retos del momento. Nuestro reto presente es enfrentar el reto más grande de la historia: salvarnos del desastre que, si seguimos como vamos, detonará el cambio climático. Para ello, hay mucho por hacer. Y hay pasos específicos que cada uno de nosotros puede—*¡debe!*—tomar:

- (1) **Cobrar consciencia:** tomar en cuenta el contexto (la crisis) mundial que vivimos en todo lo que hacemos. Los pequeños cambios importan. No sabemos dónde está el punto de inflexión, pero sabemos que, si todos hacemos poco, logramos mucho. Vale la pena expresarlo en un aforismo:

***Si pocos hacemos mucho, el resultado es poco.
Si muchos hacemos poco, el resultado es mucho.***

Cada vez que tomemos una decisión, debemos actuar como custodios de nuestro precioso planeta azul.

Es urgente tomar consciencia. Y que ello nos lleve a un cambio de actitud. Si no cambiamos nuestro camino, acabaremos precisamente hacia donde vamos: el desastre.

- (2) **Alimentariamente:** comer más vegetales, menos carne, menos azúcares y evitar desperdicio de alimentos.²¹
- (3) **Reforestación:** Plantar un árbol, al año. Hemos cortado la mitad de los árboles de la tierra - tres trillones. Es hora de cambiar dicha tendencia. Pocas acciones son tan críticas como plantar árboles. Si cada uno de nosotros siembra *un árbol al año*, podemos cambiar radicalmente la tendencia de deforestación. Obviamente, entre más, mejor.²² Se trata de la “*single largest opportunity for cost-effective and immediate reductions of carbon emissions*”.²³
- (4) **Energía renovable y nuclear:** Debemos curar nuestra adicción a los combustibles provenientes de fósiles (*fossil fuels*). No se trata de erradicarlos, sino canalizarlos a las áreas donde son indispensables. Ello implica muchas cosas. Por ejemplo, casi todos los países subsidian combustibles de fósiles estableciéndolos a un precio artificialmente bajo. Resultado: sobre-consumo. Algunos países han lastimado industrias nacientes de

²¹ En caso de desear abundar, ver el informe Eat-Lancet. A su vez, ver las publicaciones del Instituto Nacional de Salud Pública (www.insp.mx).

²² Christiana Figueres y Tom Rivett-Carnac, *The Future We Choose: Surviving the Climate Crisis*, Alfred A. Knopf, New York, 2020, p. 124.

²³ Stern Review: The Economics of Climate Change, www.unionsforenergydemocrecacy.org/wp-content/uploads/2015/08/sternreview_report_complete.pdf

renovables con tal de beneficiar a sus organismos públicos de energía que se basan en combustibles fósiles (por ejemplo, combustóleo). Ello es un ecocidio.

La energía nuclear debe retomarse. Es mucho menos contaminante que la proveniente de fósiles. Chernobil, Three Mile Island y Fukushima han sesgado la discusión por miedo. Pero como advierte Al Gore: “Nuclear power, designed well, regulated properly, cared for meticulously, has a place in the world’s energy supply”.²⁴

¿Qué podemos hacer individualmente? Tres pasos inmediatos vienen a la mente: (i) contratar **celdas solares** en nuestras casas y oficinas; (ii) proponernos que nuestro siguiente **automóvil** sea **eléctrico** (por lo menos híbrido); y (iii) denunciar actividad gubernamental incorrecta—lo cual me lleva a la siguiente sugerencia.

- (5) **Activismo:** la historia enseña que cuando el 3.5% de una población participa de forma no violenta en una protesta, tiene éxito.²⁵ Mucha conducta incorrecta ocurre ante complacencia. Ante la ausencia de consecuencia provocada por lo difícil que es generar acción colectiva que objetive actuar miope o incorrecto. La sociedad civil tiene un papel que jugar en esto. ¡Actuemos!

El futuro no está escrito; está en nuestras manos. Pero debemos actuar. Al hacerlo, lo primero que debemos cambiar es nuestro estado mental. Como advertía Gandhi, las acciones que perseguimos se definen en forma importante por el estado mental que cultivamos previo a seguirlos. Por lo anterior, *lo más poderoso que podemos hacer es **cambiar nuestra predisposición.*** Y al hacerlo, como defiende Attali, hay que ser “lucidos, combativos, y positivos”.²⁶

Hasta ahora hemos actuado como si pudiéramos extraer recursos de nuestro mundo en forma ilimitada. Como resultado, los utilizamos en forma ineficiente. Desperdiciamos. Esto no puede continuar. Debemos entender que estamos inextricablemente vinculados con el planeta. *Toda decisión que tomemos debe considerar el impacto agregado que tiene.* Después de todo, somos parte de algo mayor. Y es ese algo mayor es lo que nos ha llevado a la (crítica) situación que estamos viviendo.

Estamos entrando a una nueva fase de evolución humana. Debemos adaptarnos a una escasez de recursos naturales que nosotros mismos hemos causado.²⁷ La época que vivimos—el Antropoceno—se caracteriza justamente por que el humano incide en su medio. ¡Incidamos

²⁴ Ver Gwyneth Cravens, *Power to Save the World. The Truth about Nuclear Energy*, Vintage, USA, 2008.

²⁵ Erica Chenoweth, *The 3.5% Rule: How a Small Minority can Change the World*, Carr Center for Human Rights Policy, May 2019.

²⁶ Jacques Attali, *Comment nous protéger des prochaines crises*, Fayard, Francia, 2018, p. 150.

²⁷ Ello incluye el espacio rápidamente disminuido en la atmósfera por las emisiones de carbono.

positivamente! Como defiende en *Liberalismo Contemporáneo*²⁸ (dando eco a una obra sobre energía²⁹):

Las historias habrán de juzgar si el Antropoceno se convierte en la era de la Tierra en la cual, luego de alterar egoístamente el balance natural, el ser humano es capaz de reflexionar y actuar, para corregir su rumbo y respetar su hogar global, como una especie más de los Cinco Reinos, que constituyen este pequeño -y maravilloso- punto azul, que nuestro planeta es en el Universo.

Este es el reto. Del mismo, destaco tres cosas (1) *Tiempo*: deben existir pasos inmediatos. De lo contrario, sencillamente no se lograrán. (2) Los pasos son monumentales. (3) Requieren acción colectiva, a lo cual paso.

II. PROBLEMA

El problema del cambio climático es uno del género llamado por los economistas como Tragedia de los Comunes (§A). Ello debe preocuparnos dadas sus consecuencias (§B). Particularmente dada la coyuntura que estamos viviendo: una auténtica decadencia (§C). Afortunadamente, existen desarrollos que pueden servir de asidero para una solución (§D).

A. TRAGEDIA DE LOS COMUNES

Existe un género de problemas cuya solución inmediata, a veces aparentemente de principio, arroja un resultado agregado mediato indeseable—a veces dramático. Es el género de problemas abordado por Garret Hardin en su ensayo de 1968 “*Tragedy of the Commons*”.³⁰ A continuación se expone (§1) explicando cómo parece contraponerse a la mano invisible de Adam Smith (§2), destacando su corolario y lección conjunta (§3).

1. Los problemas que detonan una Tragedia de los Comunes

La *Tragedia de los Comunes* versa sobre situaciones en que el actuar individual, egoísta, arroja resultados agregados indeseables. El ensayo de Garret toca varios. Conviene empezar por el primero y que abre los ojos del lector al problema: el ganado de dos propietarios en un pastizal común. *A* es propietario de un universo determinado de ganado y debe decidir cuánto crecerlo. Para ello determinará cuánto ganado adicional añadir a su rebaño tomando en cuenta el beneficio adicional de hacerlo, restándole la desventaja de hacerlo: su costo. El ejercicio es lo que los microeconomistas llamarán “marginalizar”. En la medida en que la unidad adicional aporta más beneficio (ingreso) que desventaja (costo), es sensato añadir la unidad adicional.

²⁸ González de Cossio, *Liberalismo Contemporáneo*, WoltersKluwer, México, 2024.

²⁹ David Enríquez y Yolanda Villegas, *Energía 2025. Tecnologías, Mercados y Regulación*, Tirant Lo Blanch, México, 2022, p. 19.

³⁰ American Association for the Advancement of Science, *New Series*, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248.

B , también propietario de ganado, es vecino de A . Comparte la misma área común y, como A , marginaliza.

Ambos marginalizan mirando *sus* costos y *sus* beneficios. Cada uno toma decisiones en forma individual. Resultado: cada uno llega a decisiones *individuales* que les son *individualmente* convenientes. Ello hace sentido *individual*, pero a veces propicia un resultado *colectivo* desafortunado: sobre-consumo. Cuando el pastizal común soporta un límite determinado de ganado, el añadir más ganado tendrá por efecto agotar el pastizal común. Si ambos tomaran decisiones conjuntas, podrían tomar en cuenta el límite agregado del pastizal y coordinarse para cerciorar que el consumo por su ganado del pastizal no agota el pastizal—lo cual conviene a ambos. Pero como toman decisiones individuales, su enfoque no considera lo descrito. Como resultado, las decisiones individualmente justificadas generan un resultado agregadamente insensato: sobre-consumen agotando el pastizal común.

Esta es la tragedia de los comunes: un recurso compartido será consumido de forma subóptima. Existirá sobre-consumo, y el recurso compartido se agotará.

2. La Tragedia de los Comunes y la Mano Invisible

Algunos consideran que la teoría de la *Tragedia de los Comunes* es la antítesis o refutación³¹ de la metáfora de Adam Smith de la *Mano Invisible*. No es mi caso: ambas teorías coexisten para describir situaciones sociales que se nos presentan y que merecen atención y diseño de políticas públicas que consideren las peculiaridades de la situación que se enfrenta. Para ello, entender las implicaciones de ambas es necesario para quien desee mejorar la realidad: para lograr confeccionar políticas públicas inteligentes.

Smith usa la analogía de la mano invisible tres veces. Una en *The Theory of Moral Sentiments*, otra en *History of Astronomy*, y otra en *The Wealth of Nations*. En todas las ocasiones lo hace en forma ambigua.³² A tal grado que hay quien cuestiona si su uso no es irónico.³³

El pasaje más famoso es el de *The Wealth of Nations*, que dice:³⁴

every individual necessarily labours to render the annual revenue of society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the publick interest, nor knows how much he is promoting it ... he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an *invisible hand* to promote an end which was no part of his intention. ... By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.

³¹ Samuel Bowles, *Microeconomics. Behavior, Institutions and Evolution*, Russell Sage Foundation, 2004, p. 27.

³² Jacob Soll, *Free Market, The History of an Idea*, Basic Books, New York, 2022, p. 209.

³³ Emma Rothschild.

³⁴ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, R.H. Campbell ed, A.S. Skinner and W.B. Todd, 1981, IV.ii.9.

[todo individuo necesariamente trabaja necesariamente para hacer que el ingreso de la Sociedad sea lo más grande posible. No es su intención hacerlo, ni promover el interés público. Tampoco sabe cuánto lo está promoviendo... busca tan solo su ganancia individual. En ello, como en tantos otros casos, está guiado por una *mano invisible* que promueve un fin que no era su intención lograr. ... Al perseguir sus propio interés frecuentemente promueve el interés de dicha sociedad más eficazmente que si fuera su intención hacerlo.]

(énfasis añadido)

Dicha metáfora ha trascendido al mercado de las ideas como una que explica mucha actividad económica deseable. A tal grado que se entiende como el paradigma en la materia —por lo menos como punto de partida de mucho análisis que sirve de cimiento de análisis normativo base de ya sea políticas públicas diversas, o crítica de las mismas.

Con la noción de la mano invisible, Smith se coronó como fundador de la economía normativa moderna.³⁵ La metáfora comunica el punto que la economía de mercado tiende a generar el nivel de ingreso máximo a la sociedad. Y que ello se logra mediante actuar individual egoísta. La suma de los egoísmos individuales arroja un resultado agregado positivo: bienestar social.

El corolario detrás de la metáfora de la *Mano Invisible* es que el actuar individual, egoísta, suele arrojar resultados socialmente deseables por eficientes. El corolario de la *Tragedia de los Comunes* es que, cuando el actuar individual versa sobre un recurso compartido y finito, puede ser *agregadamente* ineficiente permitir decisiones *individuales* que no consideran su efecto *agregado*.

El corolario agregado derivado de conjugar ambas ideas es que el actuar individual es en principio loable: el egoísmo es un imán que procura eficiencia. Pero ante un recurso compartido, puede ser necesario coordinar y limitar especialmente cuando finito. Confeccionar mecanismos que logren que el actuar individual no esté ciego a su efecto colectivo.

B. CONSECUENCIAS

La Tragedia de los Comunes puede ser en verdad trágica (§1), particularmente cuando el recurso agregado es indispensable (§2), y cuando los actores no muestran deseo de cooperar (§3). Lamentablemente, este es el mundo en el que vivimos.

³⁵ Soll, *Free Market*, ob. cit. p. 237.

1. La tragedia de la Tragedia de los Comunes

La *Tragedia de los Comunes* puede propiciar resultados delicados. Como alerta Hardin:³⁶

... the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy...

... each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit—in a world that is limited. **Ruin** is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. *Freedom in a commons brings ruin to all.*

...society as a whole ... suffers³⁷...

Equal right to the commons is to lock the world into a tragic course of action³⁸

[...la lógica inherente de los comunes genera una tragedia sin misericordia...]

... cada hombre está encerrado en un sistema que le obliga a incrementar su propio ganado sin límite—en un mundo con límites. Ruina es el destino hacia el cual todos los hombre se dirigen, cada uno persiguiendo su propio interés individual en una sociedad que cree en la libertad sobre los comunes. La libertad en los comunes genera la ruina de todos.

... la sociedad en su totalidad ... sufre...

El derecho igual a los comunes encierra al mundo en un rumbo trágico]

(énfasis añadido)

¡Ruina! Eso es lo que genera la Tragedia de los Comunes. La siguiente frase de Hardin es digna de destacarse:

Freedom in a commons brings ruin to all.

Vale la pena pensar sobre ello. Es —debe ser— el punto de partida de toda la aproximación respecto de los bienes comunes, la contaminación incluida.

2. La tragedia es especialmente grave cuando sobre bienes importantes

La lección de la Tragedia de los Comunes debe interesarnos siempre, pues implica que el bien común —*the Commons*, en argot de Hardin— está siendo *desperdiciado*. Pero cuando el bien versa sobre un recurso *necesario*, la ruina citada debe preocuparnos. Implicará que estamos desperdiciando un recurso necesario; agotándolo. Privando a algunos —ya sea ahora o en el futuro— de un recurso vital.

³⁶ Hardin, *Tragedy of the Commons*, ob. cit. p. 1244.

³⁷ Id. p. 1244.

³⁸ Id. p. 1246.

La eficiencia es siempre deseable pues permite un mejor uso de bienes. (Y en el mundo de recursos escasos en el que vivimos, el desperdicio es inmoral. No es ético.) Pero cuando versa sobre recursos indispensables, es inaceptable.

3. Ausencia de cooperación

La solución de la tragedia de los Comunes requiere cooperación. El alcance y la sofisticación de la cooperación dependerá de lo complejo del problema que se enfrenta. Si se trata de ganado de dos vecinos (el ejemplo comentado de Hardin), diálogo entre vecinos puede ser suficiente; uno que establezca un límite mutuamente establecido. Si se trata de más personas, o un problema menos claro, o las consecuencias son más a futuro, será necesario contar con mecanismos exógenos a los participantes—como sociedad, carecemos del idealismo e institucionalidad para hacer realidad *motu proprio* y espontáneamente los mecanismos que limitan a la sociedad.

C. COYUNTURA

Vivimos una decadencia. Llevo seis años sustanciando³⁹ y debatiendo⁴⁰ esta (caustica) diagnosis. Algunos la consideran exagerada; otros pesimista. Para mi sorpresa, en la recta final de revisión de este ensayo nada más y nada menos que el gran pensador Francis Fukuyama refrendó el punto en una entrevista al diario Inglés *Financial Times*.⁴¹ El punto que deseo hacer ver en este ensayo no es que tengo la razón, sino que lo que estamos viviendo tiene una explicación y merece una caracterización. Si la aceptamos, podemos plantear la solución de una manera que facilite redirigir. Verlo así será de utilidad en el futuro inmediato y mediato.

Existen tres fenómenos que están ocurriendo en forma paralela y que conjuntamente generan una preocupante tormenta perfecta: una que no solo magnifica el problema denunciado, sino que impide implementar su solución. Son:

- (1) Un desdén por las instituciones y derecho internacional;
- (2) Una desglobalización;

³⁹ Ver González de Cossío, *Filosofía de la tecnología, ob. cit.*. González de Cossío, *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, vol. 42, 2018, p. 111. González de Cossío, Francisco, *El Llano en Llamas: El Futuro del Arbitraje de Inversión*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, vol. 43, 2019. González de Cossío, *Back to the Future: El Presente y el Futuro del Arbitraje de Inversión*, en Carlos Esplugues Mota y María Mercedes Albornoz, *Derecho del Comercio Internacional Mexicano*, Tirant Lo Branch, 2023. (Todos visibles en www.gdca.com.mx/Publicaciones.)

⁴⁰ González de Cossío, *Liberalismo Contemporáneo: Decantación, defensa y refinación del Liberalismo*, Ed. Wolters Kluwer, 2024 (en edición).

⁴¹ Al momento de revisión de este ensayo fue publicado en el Financial Times una entrevista de Francis Fukuyama donde habla de la decadencia de Estados Unidos. “It’s not too late to reverse America’s political decay. When a Society’s institutions fail to adapt to changing circumstances, sclerosis follows.” (Financial Times 1 de marzo de 2024.)

- (3) Un regreso a formas de hacer política de un pasado que habíamos superado.

Cada una de estas aseveraciones podría merecer hojas y hojas de explicación, tanto en su existencia como en sus causas.⁴² Centrarme en el objetivo de este ensayo exige que no lo haga, so pena de incurrir en una digresión. Lo que es relevante es su efecto agregado: nos hemos auto-restado los elementos para poder enfrentar el enemigo que enfrentamos.

¿Relevancia de lo anterior en nuestro tema?: que no podemos confiar en que los actores políticos nacionales puedan sentarse con sus pares y acordar una solución institucional que permita la coordinación que la §I de este ensayo enseña que se requerirá para resolver el problema de los comunes más grande de la historia de la humanidad: el cambio climático.⁴³ Ante ello, debemos encontrar soluciones inmediatas que sirvan ante el mundo que estamos viviendo—como el arbitraje.

III. DESARROLLOS

Se está tejiendo, poco a poco, un derecho internacional del medio ambiente. Existen desarrollos diversos en el (vasto y descentralizado) sistema de derecho internacional que son tan loables como necesarios enfrentar este reto (§A). Aunado a las conferencias internacionales (§B), es de preverse que el derecho internacional general decante la obligación de proteger el medio ambiente (§C).

A. DESARROLLOS

1. Resolución de las Naciones Unidas 72/277

El 14 de mayo de 2018 la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución 72/277 titulada “*Hacia un pacto Mundial por el Medio Ambiente*”. De los muchos pasos que esta resolución toma, destaca (para nuestros fines):

- (1) El que dice que existen obligaciones y compromisos contraídos en virtud del derecho internacional del medio ambiente.
- (2) Recuerda y reafirma resoluciones internacionales diversas que versan sobre el medio ambiente. Destacan: (i) la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano;⁴⁴ (ii) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el

⁴² De desear abundar, véase *Liberalismo Contemporáneo*, *ob. cit.*

⁴³ Sin ánimo de incurrir en una digresión, hay otro fenómeno semejante que debe citarse para no olvidarse, y que requiere el mismo tipo de atención: la pérdida de biodiversidad.

⁴⁴ Estocolmo, Junio 1972.

Desarrollo;⁴⁵ y (iii) la Resolución 70/1 de 25 de septiembre de 2015 “Transformar nuestro Mundo: La agenda 2030 para Desarrollo Sostenible”.⁴⁶

- (3) Tomó pasos específicos relevantes de entre los cuales destacan (i) el solicitar del Secretario General que presente un informe en el que se indiquen y evalúen lagunas de derecho internacional del medio ambiente con miras a examinar la viabilidad de un instrumento internacional; (ii) establecer grupos de trabajo abiertos cuyo objetivo es examinar opciones para lograr dicho propósito; y (iii) crear un fondo fiduciario para recibir contribuciones para sufragar los grupos de trabajo indicados.

En cumplimiento con el punto 3(i), el Secretario General de las Naciones Unidas emitió un informe el 30 de noviembre de 2018 titulado “*Lagunas en el Derecho Internacional del Medio Ambiente y los Instrumentos Relacionados con el Medio Ambiente: Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*”. El informe explica el régimen existente, tanto nacional como internacional e institucional, llegando a conclusiones diversas. De ellas, destacan:

- (1) **Régimen incompleto, contradictorio, descoordinado:** El escenario mundial muestra lagunas y deficiencias importantes en varios niveles. Incluye los principios del derecho del medio ambiente, el contenido normativo e institucional de los regímenes regulatorios sectoriales, la estructura de gobernanza del derecho internacional del medio ambiente, y su aplicación.
- (2) **Consecuencia: ausencia de coherencia y de sinergia:** la consecuencia de (1) es un derecho internacional fragmentado, con incoherencia generalizada de los regímenes normativos, lo cual provoca una ausencia de sinergia en los objetivos de protección del medio ambiente. Todo ello genera incertidumbre jurídica en la materia. Vale la pena hacer eco de la siguiente conclusión:⁴⁷

El derecho internacional del medio ambiente es fraccionario y reactivo. Se caracteriza por una ausencia de coherencia y sinergia

- (3) **Responsabilidad:** el desarrollo gradual de principios de responsabilidad internacional del Estado por daño ambiental y transfronterizo que incluye no solo responsabilidad por hechos ilícitos, sino por daño que resulte de actividades lícitas pero riesgosas.⁴⁸ Aunque loable, el régimen tiene carencias sin embargo, como lo son la valoración de la reparación, la utilización de conceptos diversos, una cobertura que dista de ser total,⁴⁹ y el sencillo hecho que varios de los instrumentos no han entrado en vigor.

⁴⁵ Rio de Janeiro, junio 1992.

⁴⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Septuagésimo período de sesiones.

⁴⁷ Resumen inicial y ¶103.

⁴⁸ Berwick, *Responsibility and Liability for environmental damage: a roadmap for international environmental law regimes*, 10 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 257 (1997-1998), p. 259.

⁴⁹ Los daños causados en zonas fuera de la jurisdicción nacional no están cubiertos.

Lo descrito no es exhaustivo, se centra en destacar lo relevante para los propósitos de este ensayo.

2. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia solicitada por las Naciones Unidas

El 29 de marzo de 2023 la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados respecto del cambio climático.⁵⁰ Que determine las consecuencias jurídicas que los Estados deben afrontar por sus actos y omisiones que hayan causado daños significativos al sistema climático y a otros elementos del medio ambiente, perjudicando en particular a los pequeños Estados insulares en desarrollo que, debido a sus circunstancias geográficas y a su nivel de desarrollo, son especialmente afectados por los efectos adversos del cambio climático o son más vulnerables a ellos. Este movimiento, liderado por Vanuatu, un país severamente afectado por el cambio climático, marca un avance legal y político decisivo en la lucha por la justicia climática.⁵¹

Al día de hoy no se ha emitido la opinión. Sin embargo, han participado una enorme cantidad de países y de organizaciones internacionales⁵²

3. Opinión consultiva “Emergencia Climática y Derechos Humanos” de la CIDH

El 9 de enero de 2023 Chile y Colombia solicitaron de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una opinión consultiva sobre “Emergencia Climática y Derechos Humanos”. Países diversos han dado opiniones. Uno especialmente nutrido y encomiable fue el de México. Una conclusión es digna de eco:⁵³

la cooperación internacional para contrarrestar los impactos adversos del cambio climático es otro principio fundamental reconocido en el derecho internacional.

Aún no se emite. Dado lo que se observa, su resultado es prometedor.

⁵⁰ UNGA Res 77/276, ‘Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change’ UN Doc A/RES/77/276 (29 March 2023).

⁵¹ Giraudeau, G. *Climate justice: this new front opened by small island states at the UN. The Conversation* (junio 2023).

⁵² Unión Europea, Unión Africana, International Union for Conservation of Nature, Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Organization of the Petroleum Exporting Countries, Organization of African, Caribbean and Pacific States, Melanesian Spearhead Group, Forum for Fisheries Agency, Pacific Community, Pacific Islands Forum and the Alliance of Small Island States, Nauru Agreement Office.

⁵³ Solicitud de Opinión Consultiva Sobre “Emergencia Climática y Derechos Humanos”, Observaciones Escritas del Estado Mexicano, 18 de diciembre de 2023, ¶316.

4. Opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

El 12 de diciembre de 2022 se solicitó una opinión consultiva del Tribunal Internacional del Mar (*International Tribunal on the Law of the Sea - ITLOS*).⁵⁴

Conforme a la UNCLOS⁵⁵ existe la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación del ambiente marino así como proteger el medio ambiente marítimo en relación con el impacto climático, incluyendo el calentamiento del océano y el incremento del nivel del mar y su acidificación.

B. ESFUERZOS POLÍTICOS Y DE LA SOCIEDAD CIVIL

Existen esfuerzos que han brotado en todo el mundo. Además de la literatura citada, destacan los compromisos que en el seno de la *Conference of the Parties* o “COP” (como se le conoce) se han tomado en el marco de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) han tenido lugar desde 1995. El último COP fue el de Dubai en diciembre 2023. Asistieron 80,000 personas y 198 países. Las conclusiones de COP 28 fueron las siguientes:

- (1) **Temperatura:** Estamos muy lejos de limitar el aumento de la temperatura a 1.5°C respecto de niveles preindustriales.
- (2) **Reducción de emisiones:** Deben reducirse las emisiones de gases con efecto invernadero (i) un 43% para 2030 (ii) 60% para 2035 en relación con los niveles de 2019; y (iii) cero para 2050.
- (3) **Fósiles:** Debe eliminarse progresivamente los combustibles fósiles hasta que exista una eliminación total. No se definió forma, sin embargo.
- (4) **IP:** El sector privado es fundamental. Deben involucrarse más empresas, con un enfoque más holístico en la acción climática, con colaboración de las empresas para un desarrollo de los planes nacionales de acción climática.
- (5) **Energías renovables:** Los esfuerzos globales deben garantizar cambios efectivos y equitativos hacia energías renovables. No debe dejarse a nadie atrás. Para 2030 debe haberse triplicado las energías renovables.
- (6) Otros objetivos específicos:
 - **Reducción del carbón:** Acelerar la disminución progresiva del uso de energía basada en carbón.

⁵⁴ *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)* (12 December 2022).

⁵⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

- **Cero emisiones:** Avanzar hacia sistemas energéticos con emisiones netas cero a nivel mundial, utilizando combustibles de baja o nula emisión de carbono antes o alrededor de mediados de siglo.
- **Abandono de combustibles fósiles:** Dejar de utilizar combustibles fósiles en sistemas energéticos de manera justa y ordenada, acelerando la acción en la década actual para lograr cero emisiones netas en 2050.
- **Desarrollo de tecnologías limpias:** Acelerar el desarrollo de tecnologías de emisiones cero y bajas, como energías renovables, energía nuclear, y tecnologías de captura y almacenamiento de carbono, especialmente en sectores difíciles de reducir.
- **Reducción de gases distintos al CO2:** Reducir sustancialmente las emisiones de gases distintos al dióxido de carbono a nivel mundial, con un enfoque en la reducción de las emisiones de metano para 2030.
- **Transporte sostenible:** Acelerar la reducción de emisiones en el transporte por carretera mediante el desarrollo de infraestructuras y la rápida adopción de vehículos con cero o bajas emisiones.
- **Eliminación de subvenciones ineficientes:** Eliminar las subvenciones ineficientes a los combustibles fósiles que no aborden la pobreza energética ni las transiciones justas.

Se trató de un acuerdo sin precedentes

C. CONCLUSIÓN: UN DERECHO EN CONSTRUCCIÓN

Como resultado de los esfuerzos mencionados, al día de hoy existe tres esfuerzos de opiniones consultivas ante tres tribunales internacionales: Corte Internacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Tribunal Internacional del derecho del Mar. Cuál sea su contenido y su alcance es algo por definirse. Sin embargo, dado el vigor con el que están siendo seguidos, los argumentos jurídicos esgrimidos, y el *zeitgeist* visible, es de preverse que se decantará una obligación primaria de derecho internacional, y una obligación secundaria: responsabilidad internacional del Estado.

Para que dicha obligación arroje resultados, será necesario encontrar una forma de hacerla cumplir. Claro que está la opción de la Corte Internacional de Justicia. Pero no olvidemos que su jurisdicción es voluntaria. Y dado el tamaño del reto, propongo que necesitamos crear una solución que sea acorde al tamaño del reto enfrentado, que sea temporalmente apropiada, y que sea eficaz y eficiente. A continuación hago una propuesta de cómo lograrlo.

IV. UNA SOLUCIÓN DE ACCIÓN COLECTIVA: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR NO CUMPLIR CON EL DERECHO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO, HECHA VALER MEDIANTE ARBITRAJE

La solución al problema del cambio climático **es urgente**. Para ser efectiva tendrá que tener un régimen sustantivo eficaz (§A), con consecuencias de no cumplirse (§B), que se haga valer mediante un mecanismo de verificación (§C).

A. RÉGIMEN SUSTANTIVO: ¿BAILANDO EN EL TITANIC?

Como se explicó, el derecho internacional está confeccionando un régimen sustantivo de derecho ambiental que atañe al cambio climático. Para que logre el propósito, su incumplimiento tendrá que detonar responsabilidad internacional del Estado (*vid* §III.B *infra*). De lo contrario, se quedará en poesía. Y esta generación pasará a la historia como aquella que bailó en el Titanic: como la generación que se quedó cruzada de brazos sin hacer lo necesario para evitar una catástrofe.

Dadas las características del derecho (nacional e internacional) descritas en §II *supra*, es necesario tomar una iniciativa que haga sentido de todo y que sea global. De lo contrario, las diferencias que existen tendrán por efecto un régimen cuyas contradicciones e incompatibilidades tendrán por efecto poner en jaque y frustrar los objetivos.

Propongo, y someto a la consideración del mercado de las ideas, que una solución puede ser crear un tratado internacional con vocación global (si es regional, no se logrará el propósito) que haga las veces de un “paraguas” sobre todo el derecho existente (tanto escrito, consuetudinario y local) que establezca una organización y una infraestructura de solución de controversias/implementación. La misión de la organización sería compaginar el derecho existente con las metas descritas en la §I *supra*. La misión de la infraestructura sería que personas imparciales y calificadas conozcan las perspectivas diversas que necesariamente surgirán, resolviendo en consecuencia. Y que las soluciones que se emitan vinculen a todos los miembros. Ello debe incluir, compaginar, armonizar o inclusive desplazar derecho (nacional y regional) existente con las obligaciones derivadas del esfuerzo global.

B. CONSECUENCIAS DE INCUMPLIMIENTO: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL O POR INCUMPLIR PACTOS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO

El problema es de tal magnitud, los objetivos tan importantes, y los medios para lograrlos tan arduos, que será necesario establecer obligaciones sustantivas de cumplimiento global. Como se explicó en §III *supra*, es de preverse que los esfuerzo en ciernes hagan nacer responsabilidad internacional del Estado. Es de esperarse que dicha responsabilidad también se extienda a otro actor importante: la empresa trasnacional. Aunque ello es debatible y generaría un cambio

de paradigma, ello sería progresivo y evitaría que se cuele por las ranuras del derecho internacional actual la actuación de entes cuya participación en el tema es trascendente.

Existen intereses enquistados que lucharán en contra de los pasos que necesariamente tienen que darse.⁵⁶ Y la experiencia enseña que dichos intereses recurrirán a intelectos importantes, con plumas agudas y retórica elocuente, para defender el *statu quo* que le sirve a dicha industria. Discernir los argumentos válidos de las excusas exigirá pericia y sofisticación. El contexto mundial que vivimos exigirá también que sean miembros imparciales. La politización de tantas esferas de nuestra realidad es un cáncer que debemos erradicar, pues minará el logro de los objetivos que debemos alcanzar. Y es previsible que si se establece una infraestructura fija —una organización con “jueces” fijos que deban ser designados, el esfuerzo de los actores relevantes será evitar que las personas que defiendan la idea y objetivo lleguen; más bien buscarán personas “cómodas” a sus intereses. Por consiguiente, el diseño institucional que tenga lugar es uno que debe privilegiar imparcialidad y pericia. Personajes que defiendan su misión por encima de todo.

C. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO PARA VERIFICAR CUMPLIMIENTO

Estándose tejiendo un régimen sustantivo, que busca remediar un escenario con lagunas, contradictorio y cuya descoordinación no genera sinergia, será necesario contar ya sea con un medio de monitoreo o un mecanismo para evaluar cumplimiento. Es probable que el arbitraje sea el único mecanismo disponible para hacerlo. A continuación se explica por qué.

1. El arbitraje: la única opción (temporalmente atinada)

Existen tres motivos para aseverar que el arbitraje es la única opción actual y realista para atender este problema.

Primero, voluntad política. No hay voluntad internacional para crear y mucho menos financiar más infraestructura internacional. Ni siquiera parece haberla para financiar la existente, que es de sí insuficiente. Ante ello, aun suponiendo que se concluya que lo ideal es una infraestructura fija,⁵⁷ todo parece indicar que será necesario confeccionar un mecanismo diverso a una infraestructura fija que pueda puentear el mundo fragmentado (¿balcanizado?) existente.

Segundo, complejidad y sinuosidad regulatoria. Como se explicó, el panorama jurídico que enfrenta este tema es uno vasto, diverso y contradictorio. Lograr la sinergia que se requiere

⁵⁶ Ver al respecto la entrevista de Al Gore después de la Conferencia de las Naciones Unidas en 2023. Al Gore ha sido la voz de la razón en este tema. Ha denunciado la falta de voluntad política a este respecto. Ha denunciado también contradicciones e inclusive abusos de autoridad al respecto, teniendo a veces que recurrir a la estridencia. Deberíamos hacerle caso.

⁵⁷ Una suposición cuestionable pero que se hace solo para efectos de transmitir el punto que deseo hacer ver. Es cuestionable pues, si existe una solución que evite añadir al costo fijo de la burocracia internacional, esta merece ser seguida.

exigirá un régimen que por lo menos sea congruente—de preferencia uniforme. Dada la diversidad jurídica visible, ello exige un régimen que venga de arriba-hacia-abajo: que provenga de derecho internacional y, mediante algún mecanismo de cumplimiento, se establezca una forma de uniformar o por lo menos armonizar el derecho local. Ese mecanismo puede ser el arbitraje.

Tercero, el tiempo. Lo expuesto tomará tiempo. Y esta década es el punto de inflexión en la historia de esta cuestión.⁵⁸ Si no logramos reducir la huella de carbono en 50% para 2030, el objetivo se habrá frustrado pues la ventana de oportunidad se habrá cerrado. Y el mundo se tornará en nuestro enemigo.

El punto de inflexión de la materia es el presente. Lo único que el presente ofrece para enfrentar este (delicado) problema es el arbitraje.

2. El arbitraje puede ser idóneo

Los valores más importantes que brinda el arbitraje son la especialidad, la flexibilidad y la velocidad. Ello es justamente lo que necesita el mundo en el que habitamos: su régimen está fragmentado. Como se explicó, el régimen existente es fragmentado, contradictorio y plagado de lagunas. Tal, que evita la sinergia que debe existir para lograr el propósito que *tenemos* que lograr. Ante dicho terreno, lo que se necesita es un mecanismo eficaz. Como recalca el Informe de Secretario General citado:⁵⁹

Debemos aprovechar oportunidad de usar el Derecho Internacional medio ambiental de manera innovadora y dinámica para establecer régimen de gobernanza sólido y *eficaz* con miras a proteger mejor el medio ambiente para las generaciones futuras

(énfasis añadido)

El arbitraje es en sí eficaz, y mucho más en comparación con la opción: el litigio, incluyendo internacional.

⁵⁸ El mundo ha desperdiciado una enorme cantidad de tiempo a este respecto. Los científicos llevan décadas anunciando esto. Al Gore se dedicó a abrirle los ojos al mundo después de no ganar la presidencia de Estados Unidos. Nadie le hizo caso. El mundo sería otro si no hubiera ocurrido la (vergonzosa) decisión de caso Gore v Bush de 12 de diciembre de 2000 (531 U.S. 98 (2000)). De sí, ello es motivo para pensar sobre el mundo que hemos construido: no es apto para atender las emergencias sociales que surgen.

⁵⁹ Id. p. 50.

3. El arbitraje captura y canaliza fuerzas sociales

La utilización del arbitraje permite capturar y encausar fuerza social privada para combatir el problema del cambio climático. Este punto es digno de ponderación. Es por eso que lo dejé al final.

Los retos sociales como el abordado en este ensayo son de tal envergadura que *nadie puede solo*. Nadie. Ni siquiera los Estados más ricos y poderosos. Son del género que exige acción colectiva—por eso abordé en esta reflexión la teoría de la *Tragedia de los Comunes*: por que abre los ojos a lo que está en juego, tanto en causas como consecuencias.

Enfrentar con éxito el cambio climático exige cooperación *de todos*. Ello no solo justifica, exige, idear mecanismos que habiliten fuerzas sociales. Un líder social, cualquiera, por más bien-intencionado que sea no podrá solo. Necesitará hacerse de, y canalizar, fuerzas sociales agregadas. De lo contrario, fracasará.

Ello es lo que logra el arbitraje: capturar y canalizar fuerzas sociales. Debemos entenderlo y asimilarlo. Un líder social que desee lograr un objetivo actúa con sabiduría cuando captura las fuerzas sociales y las canaliza a ese objetivo.

V. COMENTARIO FINAL

Vivimos el reto más importante de nuestra generación—y de la historia! Vencerlo exigirá vencer obstáculos diversos, mismos que exigirán acción colectiva. La acción colectiva es elusiva. Entre más grande sea la colectividad, más complejo es organizarlo, y más necesario es que el mecanismo sea eficaz y eficiente. El arbitraje puede ser este mecanismo. Su implementación requerirá de ciertos pasos (como puede serlo un tratado internacional paraguas que englobe el derecho internacional escrito existente). Pero para ello, es necesario tener claro si el instrumento es asequible, y tomarle una foto al problema. Ambos pasos han sido el objeto de este ensayo. Es de esperarse que detone un diálogo que tenga por objeto aterrizar los pasos específicos a tomar para lograr el objetivo planteado. Si el comienzo de ello es detonado por este ensayo, mi intención con este esfuerzo habrá sido exitosa.

Para lograrlo, necesitamos medidas profundas. Cambios importantes. Como advertía Albert Einstein:

We cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them.

[No podemos resolver nuestros problemas con el mismo pensamiento usado cuando los creamos.]

La propuesta que en este ensayo hago y someto a la consideración del mercado de las ideas es triple:

- (1) **Régimen:** Crear un tratado internacional ‘paraguas’ que aglomere *(i)* todos los instrumentos internacionales en materia ambiental y ecológica; *(ii)* que reconozca la aplicabilidad del derecho internacional en vías de ser confeccionado; y *(iii)* cuya misión no solo sea aplicar el régimen global (paraguas) adoptado, sino indicar formas de proceder que armonicen el (accidentado e incongruente) régimen existente. Ello debe tener que incluir la facultad para hacer prevalecer un régimen por encima de otro, armonizar, inclusive dejar sin efectos.
- (2) **Responsabilidad:** que nazca la responsabilidad internacional del Estado y de multinacionales por no cumplir con los objetivos del tratado internacional paraguas; y
- (3) **Mecanismo de implementación: Arbitraje:** Utilización del arbitraje como forma de ventilar las diferencias que inevitablemente surgirán.

Así, se podrá detonar acción colectiva mediante un mecanismo de mercado que aglomere todos los incentivos (y egoismos) individuales dirigiéndolos hacia el objetivo deseado—lucha contra el cambio climático—cuyo éxito exige cooperación de todos.

De hacerlo, la Mano Invisible habrá prevalecido sobre la Tragedia de los Comunes.