

Informe jurídico sobre la decisión del Tribunal Arbitral de negar la presentación de un amicus por terceros interesados en el caso Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos (CASO CIADI NO. UNCT/20/1)

Los proyectos de inversión extranjera y los arbitrajes entre inversores y Estados suelen afectar a los derechos e intereses de otros actores que no son formalmente parte en estas disputas. La mayoría de las veces, esos otros actores son las comunidades afectadas por los proyectos. Aunque las comunidades tienen mucho en juego en los proyectos de inversión extranjera y las disputas resultantes, "son invisibles en el actual sistema de acuerdos internacionales de inversión".¹ La protección asimétrica que ofrecen los acuerdos de inversión y la falta general de transparencia de los arbitrajes inversor-Estado "crean incentivos para que los inversores se centren en la protección de su inversión y presten una atención inadecuada a sus responsabilidades en materia de derechos humanos según las leyes locales y las normas internacionales".²

El sistema de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) se ocupa de importantes cuestiones de interés público, y las disputas a menudo consideran cuestiones legales relacionadas con los derechos humanos y el medio ambiente, incluyendo las acciones de las organizaciones de la sociedad civil en defensa de las comunidades afectadas. Además, las disputas sobre inversiones extranjeras tienen impactos más amplios sobre las comunidades afectadas y el medio ambiente. Por lo tanto, es esencial dar suficiente cabida a las comunidades potencialmente afectadas en las disputas.³ En este contexto, la participación como *amicus curiae* y la presentación de un escrito de parte no contendiente en el proceso de arbitraje se reconocen como una de las oportunidades más tangibles para reequilibrar la balanza e introducir consideraciones de interés público en el ámbito del arbitraje de inversión. Además, la presentación de un escrito de *amicus curiae* ofrece un medio importante para hacer efectiva la obligación general de proteger el medio ambiente, que es "parte del corpus de derecho internacional".⁴

El Tribunal Arbitral niega la participación de terceros como *amicus curiae*

En este contexto, el 12 de octubre de 2021, el Center for International Environmental Law (CIEL) y la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale (la Cooperativa) presentaron un [escrito de amicus](#)

¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/76/238, párra. 26 (traducción no oficial), disponible en <https://undocs.org/A/76/238>; N. Perrone, "The 'invisible' local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime," *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113 (2019), pp. 16-21.

² Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/76/238, párra. 17 (traducción no oficial).

³ S.W. Schill, V. Djanic, *Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law*, *ICSID review* 33/1 (2018), p. 48: "No cabe duda de que un sistema que se ocupa de cuestiones importantes de derecho público debe ser lo suficientemente abierto como para que todas las personas que puedan verse afectadas tengan acceso a la información pertinente y puedan influir en el proceso de toma de decisiones" (traducción no oficial).

⁴ *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/20/1, Orden Procesal No. 6, Opinión Disidente del Profesor Sands, párra. 6.

*curiae*⁵ en el caso de arbitraje de Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI No. UNCT/20/1). El caso se refiere al Proyecto Don Diego, un proyecto de explotación minera de los fondos marinos frente a la costa de la Península de Baja California en México. El objetivo de este escrito era exponer importantes elementos de hecho y de derecho relacionados a los riesgos ambientales y socioeconómicos que el proyecto representa para las comunidades, y sus implicaciones en el marco del derecho internacional.

El escrito combina la experiencia de primera mano de la Cooperativa en la región y el conocimiento de los riesgos, junto a la experiencia de CIEL en materia de derechos humanos y derecho ambiental internacional, en particular en el contexto del derecho internacional de las inversiones y el arbitraje. El escrito destaca claramente que el Proyecto Don Diego supone un riesgo tanto para el medio ambiente marino del Golfo de Ulloa como para la población local, en particular los pescadores del Golfo de Ulloa.

El 20 de diciembre, el tribunal de arbitraje, por mayoría, *denegó* la solicitud de autorización de CIEL y de la Cooperativa. Lo hizo según el razonamiento de que ni CIEL ni la Cooperativa tenían un interés significativo en el arbitraje, y considerando que ninguno de los solicitantes aportaría un conocimiento particular o una visión diferente a la de las partes contendientes. No obstante, la decisión de la mayoría no examinó adecuadamente los argumentos de CIEL y de la Cooperativa ni abordó adecuadamente las aportaciones que se expusieron en los escritos. Esto ha sido destacado por uno de los árbitros del caso, el profesor Philippe Sands, el que disintió de la decisión mayoritaria del tribunal. Al oponerse a la decisión arbitral, subraya que la "perspectiva única [de la Cooperativa] habría sido extremadamente valiosa, y considero profundamente lamentable que la Mayoría haya decidido que no desea oír a una comunidad que se ve directamente afectada por el resultado del procedimiento. Dicha decisión solo minará la percepción de legitimidad de este procedimiento."⁶

La importancia de permitir la participación de *Amicus Curiae* en los arbitrajes entre inversores y Estados

La mayoría de los casos de arbitraje en los que han intervenido *amicis* se referían a "algún tipo de interés público", como la salud pública, los problemas medioambientales, el desarrollo sostenible o la protección del patrimonio cultural.⁷ Con el fin de proteger la igualdad de derechos de todas las partes en la disputa, las peticiones de *amici curiae* son admitidas bajo estrictas condiciones. La admisión de *amicus curiae* puede dar legitimidad al proceso de arbitraje de inversiones por dos razones:

- (i) A diferencia del arbitraje comercial, que consiste en resolver disputas privadas, el arbitraje de inversiones consiste en revisar la conducta gubernamental. Por lo tanto, el arbitraje de inversiones afecta

⁵ Un *amicus curiae* es, según el Black's Law Dictionary, "una persona con gran interés en el asunto de una acción o con opiniones sobre el mismo, [que] puede solicitar al tribunal permiso para presentar un escrito, aparentemente en nombre de una parte, pero en realidad para sugerir un razonamiento coherente con sus propias opiniones". Estos escritos de *amicus curiae* se presentan habitualmente en los recursos relativos a asuntos de amplio interés público.

⁶ *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/20/1, Orden Procesal No. 6, Opinión Disidente del Profesor Sands, párra. 5.

⁷ Véase por ejemplo, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión del Tribunal sobre las peticiones de terceras personas para intervenir como '*amici curiae*', párra. 49; *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Presentación de las Organizaciones Miembros de La Mesa como *Amicus Curiae*; *Bewater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, párra. 366; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, párra. 60.

fundamentalmente a los intereses públicos, aunque siga las normas y la cultura del arbitraje privado. Como el arbitraje de inversión es confidencial e ignora las intervenciones de terceros, este "no permite que se tenga en cuenta el interés público, y menos aún que esté representado".⁸

(ii) Como se expresa en un documento de trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la opinión pública no tolerara que personas desconocidas y no elegidas dispongan del destino de las naciones en cuartos secretos.⁹

Como afirmó el reconocido árbitro Alexis Mourre, "[e]n efecto, en los casos en que la [decisión] puede tener profundas repercusiones en tales cuestiones de interés general, sería escandaloso que el tribunal ignorara sin más cualquier oferta de asistencia realizada por terceros que afirmen expresar el interés del público".¹⁰ La intervención de los *amici curiae* es, por lo tanto, apropiada para hacer que el arbitraje internacional de inversiones sea más transparente, y para construir cierta confianza pública en torno a la legitimidad del arbitraje internacional en asuntos de inversión.¹¹

En ocasiones, cuando tanto el inversor como el Estado son autores de abusos de los derechos humanos, los Estados suelen guardar silencio sobre los elementos de derechos humanos que pueden ser relevantes en la disputa. Según el derecho internacional del medio ambiente, los proyectos de inversión extranjera deben evaluarse también desde una perspectiva medioambiental y social. Las presentaciones de *amicus curiae* son a menudo la única oportunidad que tienen las comunidades afectadas y los expertos jurídicos especializados en temas de medio ambiente y de derechos humanos para plantear sus preocupaciones al tribunal. Por ejemplo, en el caso Odyssey contra México, cabe resaltar que existe una moción aprobada por el Congreso Mundial de Conservación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) que pide a sus más de 170 miembros que establezcan una moratoria sobre la explotación minera de los fondos marinos. La moción fue aprobada con un apoyo abrumador en septiembre de 2021.¹² Más recientemente, 622 expertos en ciencias y políticas marinas de más de 44 países publicaron una declaración en la que piden una pausa a la minería de aguas profundas.¹³

A pesar de lo prometedor que parece la "herramienta" del *amicus curiae* sobre papel, existen varios obstáculos que las comunidades afectadas y otras partes interesadas no contendientes pueden tener que superar para llegar al tribunal arbitral y participar efectivamente en el procedimiento. La reciente decisión del tribunal en el caso

⁸ A. Mourre, *Are amici curiae the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration?*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2006), Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, p. 265 (traducción no oficial), disponible en https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/09_Confidencialidade_e_Transparencia/Mourre_-_Are_amici_curiae_the_proper_response_to_public_concerns_on_transparency_in_investment_arb.pdf.

⁹ "La forma tradicional en la que se revisan las medidas gubernamentales para comprobar el cumplimiento del derecho internacional en un entorno privado, es decir, los procedimientos confidenciales a puerta cerrada, ha sido objeto de un creciente escrutinio y crítica" (traducción no oficial), OECD, *Transparency and Third Party Participation in Investor State Dispute Settlement Procedures*, Statement by the OECD Investment Committee (junio del 2005), disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>.

¹⁰ A. Mourre, p. 266 (traducción no oficial).

¹¹ Véase por ejemplo, *Methanex v. USA*, párras. 22, 49, 70.

¹² Entre los gobiernos y organismos gubernamentales que intervinieron en la moción, 81 votaron a favor de la moratoria (incluyendo el Estado mexicano), con 18 en contra y 28 abstenciones, 069 - Protección de los ecosistemas de los fondos marinos y de la biodiversidad mediante una moratoria de la explotación minera de los fondos marinos (2021), Congreso Mundial de la Naturaleza, Marsella, disponible en <https://www.iucncongress2020.org/motion/069>.

¹³ Declaración de expertos marinos que piden una pausa a la minería de aguas profundas, accesible en <https://www.seabedminingsciencstatement.org/>.

Odyssey contra México representa un buen marco para visualizar esos obstáculos en la práctica y evaluar cómo se representan los intereses públicos en la práctica.

Condiciones para ser admitido como *Amicus Curiae*

Los principales elementos que el tribunal arbitral tendrá en cuenta al evaluar los escritos de *amicus* se establecen en el artículo 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI. El artículo 37(2) dice lo siguiente:

"(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla "parte no contendiente") que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

*(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento."*¹⁴

La Declaración de la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (declaración de la CLC) sobre la participación de las partes no contendientes¹⁵ añade explícitamente otro elemento: "d) y que exista un interés público en el objeto del arbitraje".¹⁶

Al evaluar el caso Odyssey contra México utilizando los criterios anteriores, el caso es claramente de interés público porque el Proyecto Don Diego:

(i) se superpone y es incompatible tanto con la zona de refugio pesquero dedicada a la protección de determinadas especies como con la zona de concesión pesquera que sustenta el sustento de los pescadores de la Cooperativa,

¹⁴ Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, Art. 37(2).

¹⁵ Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de las partes no contendientes, de 7 de octubre de 2003, disponible en http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/nondispute_e.pdf.

¹⁶ Traducción no oficial. El elemento de "interés público" también podría leerse ya en el 37(2)(c) de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI: "Como segundo requisito, los tribunales tienen que determinar si un interés público y/o un interés significativo del peticionario están involucrados en un arbitraje de inversión" (traducción no oficial); C. Schliemann, Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/151, The Law & Practice of International Courts and Tribunals (2013), disponible en https://www.ecchr.eu/fileadmin/Kommentare_Konferenzberichte>Weiteres/Artikel_Requirements_for_amicus_curiae_participation_2013.pdf.

(ii) tendrá graves impactos adversos sobre la flora y la fauna que componen la biodiversidad de la región,
y

(iii) vulnerará los derechos humanos, a saber, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Además, según la opinión mayoritaria del tribunal, debido a que “la Demandante no pretende la restitución del proyecto en disputa sino una compensación por los supuestos incumplimientos del TLCAN, el Tribunal entiende que la Cooperativa no tiene un interés significativo en esta diferencia.”¹⁷ Sin embargo, como destacó Sands, “[i]nsinuar, tal como pareciera hacerlo la Mayoría, que el impacto del proyecto es irrelevante y que la controversia solo se refiere a la legalidad de la decisión de denegar permisos de operación no es persuasivo. Las dos cuestiones se encuentran íntimamente conectadas y **no puede alcanzarse una conclusión sobre la segunda sin considerar la primera**” (énfasis añadido).¹⁸

Además, puede decirse que Sands legitimó la solicitud de CIEL y de la Cooperativa, situando la autorización de intervención en una perspectiva más amplia al subrayar que “las presentaciones de *amicus curiae* tienen el potencial de mejorar la calidad y legitimidad del laudo definitivo, incluso si el tribunal decide eventualmente en desacuerdo con el razonamiento contenido en esas presentaciones.”¹⁹ Reiteró que “[l]os árbitros deben tener en cuenta la necesidad de considerar el impacto de la legitimidad del laudo definitivo a la luz de (a) consideraciones generales de legitimidad relativas a arbitrajes tramitados al amparo de tratados de inversión, y (b) los intereses de comunidades locales específicas afectadas por un caso en particular. Lamentablemente, la decisión de **la Mayoría no trasluce una consciencia de estas consideraciones, y, de hecho, ha pasado por alto la visión del Demandado, quien contribuyó con la redacción de la declaración de la CLC.**” (énfasis añadido).²⁰

La facultad del Tribunal para admitir *amicis*

Está claro, y así lo confirma Sands, que los criterios mencionados se cumplieron, y que el tribunal no observó la importancia de la representación del interés público en este caso concreto. Este fallo plantea otra preocupación subyacente y vuelve a poner en tela de juicio la legitimidad del arbitraje de inversiones.

Los tribunales han declarado desde hace mucho tiempo que la aceptación de presentaciones de *amicus* era “una cuestión de su poder y no de derecho de terceros”.²¹ En efecto, el mecanismo de *amicus* autoriza, pero no obliga, a los tribunales a aceptar presentaciones de terceros, y los tribunales tienen plena discreción en su decisión. Esto significa que “las presentaciones de *amicus curiae* tienen el potencial de mejorar la calidad y legitimidad del laudo definitivo, incluso si el tribunal decide eventualmente en desacuerdo con el razonamiento contenido en esas

¹⁷ *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/1*, Orden Procesal No. 6, párra. 18.

¹⁸ *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/1*, Orden Procesal No. 6, Opinión Disidente del Profesor Sands, párra. 5.

¹⁹ *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/1*, Orden Procesal No. 6, Opinión Disidente del Profesor Sands, párra. 1.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Caso del CIADI No. UNCT/02/1, Decisión del Tribunal sobre las peticiones de intervención y participación como amici curiae, párra. 61 (traducción no oficial).

presentaciones.”²² En otras palabras, el tribunal tenía la opción de admitir la presentación de CIEL y la Cooperativa sin tener que estar de acuerdo con su razonamiento o tenerlo en cuenta en la decisión final.

Esta dicotomía se encuentra en el centro de la crítica del sistema de arbitraje de inversión por las comunidades afectadas y de la escasa representación del interés público. La actual "facultad discrecional de autorizar" la representación de los intereses públicos en los procedimientos arbitrales, en lugar de la "obligación de reconocer" la representación de los intereses públicos cuando se cumplen ciertos criterios, da a los tribunales un margen de maniobra que conduce a decisiones arbitrales como la del caso *Odyssey* contra México, en la que los intereses públicos no sólo se desestiman, sino que las razones de tales desestimaciones carecen de la debida argumentación.²³

Este margen de maniobra también demuestra una falta de reconocimiento general por parte de algunos árbitros de la realidad de los impactos más amplios del arbitraje de los tratados de inversión, y en particular en el marco de los derechos humanos y el medio ambiente.

En última instancia, la decisión en el caso *Odyssey* contra México es un amargo recordatorio de la poca atención que los tribunales de arbitraje tienden a conceder a las consideraciones medioambientales y de derechos humanos dentro de los procedimientos de arbitraje de inversión. Están perdiendo la oportunidad “de situar [la] controversia en el contexto de los debates y desarrollos más amplios del derecho internacional.”²⁴ Estas oportunidades perdidas no hacen más que ampliar la brecha entre la inversión internacional y las cuestiones medioambientales y de derechos humanos, al tiempo que siguen disminuyendo la legitimidad del actual régimen del derecho de inversiones.



Center for International Environmental Law (CIEL) uses the power of law to protect the environment, promote human rights, and ensure a just and sustainable society. CIEL seeks a world where the law reflects the interconnection between humans and the environment, respects the limits of the planet, protects the dignity and equality of each person, and encourages all of earth's inhabitants to live in balance with each other.

²² *Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/1*, Orden Procesal No. 6, Opinión Disidente del Profesor Sands, párra. 1.

²³ *Ibid*, párra. 2.

²⁴ *Ibid*, párra. 6.