

Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands KC

1. Este caso versa sobre una inversión en el Golfo de Ulloa, en la costa occidental de México, una zona rica en biodiversidad que desempeña un importante papel para muchos organismos marinos. Uno de ellos es la tortuga caguama (*caretta caretta*), una especie altamente migratoria que las leyes internacionales y nacionales reconocen como en peligro de extinción a nivel mundial¹. Otras especies marinas emblemáticas del Golfo de Ulloa son las ballenas grises y azules, los delfines, las focas, los lobos marinos y muchas especies de aves que atraviesan el Golfo en distintas épocas del año. La importancia de la región para la vida marina se encuentra reconocida por organizaciones internacionales, entre ellas, la UNESCO, y organismos científicos². Varias zonas que rodean el Golfo están declaradas áreas protegidas.
2. El Golfo de Ulloa también es importante por proporcionar recursos pesqueros a las comunidades locales, lo que representa un valioso aporte para su bienestar social y económico. Los pescadores y las autoridades locales, así como el Estado mexicano, han expresado su deseo de equilibrar la explotación de los recursos pesqueros con la protección del ambiente marino. A tal fin, han implementado un régimen regulatorio que pretende minimizar el daño que las pesquerías (así como otras actividades) pueden ocasionar a la vida marina del Golfo. Este régimen regulatorio se ve respaldado y complementado por las actividades de una serie de organizaciones y sociedades pesqueras y de organismos académicos y especializados en la materia. El funcionamiento exitoso de este régimen y la protección del Golfo de Ulloa han sido asuntos de interés durante muchos años. Ello refleja el compromiso por parte del Estado mexicano y de la comunidad local de proteger el ambiente marino del Golfo de Ulloa.

¹ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (“CITES”), Apéndice I (incluida en el género Cheloniidae); Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (**R-0042**).

² **C-0009**, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 73-75; **R-0029**, Informe de la CONANP sobre el Patrimonio Mundial Natural y Mixto de México 2012-18; **R-0030**, Presentación sobre las Regiones Marinas Prioritarias de México elaborada por The David and Lucile Packard Foundation.

3. Esta es una parte del contexto en el cual Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE. UU.) (“**Odyssey**” o la “**Demandante**”), sociedad constituida en el estado de Nevada, Estados Unidos de América, procedió a invertir en un proyecto que se dedicaría a la explotación minera de fosfatos en el lecho marino del Golfo de Ulloa. Odyssey es una empresa con una impresionante experiencia en la exploración de aguas profundas y la recuperación de artefactos y cargamentos de buques naufragados o hundidos. Parece ser una empresa responsable, pero también una empresa que no tiene experiencia previa en la explotación minera del lecho marino (ni de ningún otro tipo), ni conocimientos propios en relación con la explotación minera del lecho marino del tipo que ahora se propone emprender.
4. Asimismo, la inversión de Odyssey y la actividad que se propone llevar a cabo en México se basan en la utilización de una técnica de explotación minera de fosfatos en el lecho marino que, al parecer, es totalmente novedosa y no probada en ningún lugar del mundo. Una serie de factores —la falta de experiencia de la empresa y de su personal, la novedad de las técnicas mineras, el considerable posible impacto en el ambiente— se pusieron de manifiesto el primer día de la audiencia en el presente caso: en el transcurso de un conainterrogatorio, el Dr. Lozano, Gerente Ambiental y de Proyecto del proyecto Don Diego, confirmó que no tenía experiencia en México, ni en minería marina, ni en la solicitud de permisos ambientales de este tipo³.
5. Estos hechos por sí solos, que no se controvierten en sus aspectos sustantivos, junto con las características ecológicas del Golfo de Ulloa, resultarían suficientes para que cualquier autoridad pública razonable se detuviera a la hora de avanzar con la decisión de autorizar la actividad minera propuesta. Si algún caso exigiera la aplicación diligente de la obligación de proteger el medio ambiente, incluido el principio de precaución (que obliga y es aplicable a México en virtud del derecho internacional y de la legislación mexicana), se trata de este.
6. El proyecto en el que ha invertido Odyssey pretende extraer fosfato de una zona concreta del Golfo de Ulloa. En ocasiones se la denomina “yacimiento Don Diego”. Odyssey ha propuesto emplear un método mecánico para extraer el fosfato del lecho

³ Tr. de la Audiencia, Día 1, 234-236.

marino: en primer lugar, un tubo succionador transportaría el material del lecho marino; en segundo lugar, se separaría el fosfato del sedimento extraño; y, en tercer lugar, el sedimento extraño se depositaría de nuevo en el suelo marino⁴. Si bien la técnica de succión propuesta para este proyecto parece haberse utilizado en otros tipos de proyectos, aparentemente esta es la primera vez que se emplearían estas técnicas para extraer minerales del lecho marino⁵.

7. Esta simple descripción permite a cualquier persona razonable reconocer que la actividad propuesta, que se desarrollaría en una extensa superficie de 800 kilómetros cuadrados, puede perturbar el fondo del océano a una escala tanto considerable como novedosa. Cabe destacar que en varias oportunidades Odyssey ha intentado evitar calificar de “minería” la actividad que propone, prefiriendo referirse a ella como “dragado” (podría haberse referido a su actividad de manera igualmente inexacta como “aspirado” o “limpieza”). Ha adoptado este enfoque terminológico, uno supone, por las connotaciones negativas que a menudo (aunque no siempre de manera justa) se asocian a las actividades mineras. Sin embargo, la realidad es que, desde el punto de vista del derecho internacional, el “Proyecto Don Diego” es un proyecto minero⁶. En efecto, la propia Odyssey ha descrito a sus diversos testigos y consultores como expertos en “minería” y ha insinuado que su inversión debería tratarse como un proyecto minero cuando ha sido conveniente hacerlo⁷.
8. Habida cuenta de la naturaleza del proyecto y la inevitabilidad de determinados impactos sobre el ambiente del Golfo de Ulloa, quizás no resulte para nada llamativo que el Proyecto Don Diego causara alarma entre ciertas comunidades, en particular las que tienen intereses en la pesca y la ecología. La propia Odyssey ha reconocido la posibilidad de que se produzcan daños ambientales, habiendo contratado a varios consultores en materia ambiental y realizado una serie de estudios para evaluar el alcance de los posibles impactos y daños, así como la disponibilidad de medidas de mitigación. Ambas partes han presentado ante el Tribunal una gran cantidad de pruebas

⁴ C-0059, Propuesta de Minería de Fosfato en Don Diego de Boskalis.

⁵ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1897-1901.

⁶ Anexo III de la CONVEMAR, Arts. 13 y 17; Artículo 1 del Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la Zona (2013); Tr. de la Audiencia, Día 4, 1027-1033; Tr. de la Audiencia, Día 5, 1472-1474; Tr. de la Audiencia, Día 7, 1893-1900.

⁷ Véanse, en particular, las alegaciones sobre daños de la Demandante en su Memorial, págs. 169-187, y en su Réplica, págs. 146-252.

en cuanto a la importancia del posible daño ambiental y la eficacia de las medidas de mitigación. Me explayaré sobre este material *infra*.

9. El Tribunal también tuvo la oportunidad de oír a la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale S.C.L, una cooperativa pesquera local, y al Centro de Derecho Ambiental Internacional, una organización de interés público, que solicitaron intervenir en el procedimiento para abordar los posibles impactos del proyecto minero en el ambiente marino del Golfo de Ulloa. La Mayoría del Tribunal consideró que no debía autorizarse la participación de ninguna de estas organizaciones. Tal como se expone en mi opinión disidente sobre esa decisión, que se adjunta a la presente, fue sorprendente y lamentable que la Mayoría arribara a la conclusión de que de nada serviría permitir que se autorizara a cualquiera de estas dos organizaciones a efectuar presentaciones que pudieran asistir al Tribunal. La decisión me sugirió, en una etapa temprana del procedimiento, que el Tribunal podría proseguir sobre la base de que el presente caso no tenía ningún aspecto ambiental significativo, pese a las abundantes pruebas en contrario incluso en esa etapa temprana del procedimiento. Lamentablemente, el criterio adoptado por la Mayoría sobre el fondo de este caso ha confirmado de lleno esa inquietud inicial.
10. Volveré a referirme al impacto ambiental del proyecto propuesto *infra*. A los fines que nos ocupan, basta decir que un enfoque prudente de este proyecto sería completamente razonable a la luz del contexto: la novedad y naturaleza de la actividad propuesta, la inexperiencia de Odyssey y de su propio personal, la importancia ecológica del sitio y la aplicación del principio de precaución⁸. No es por ello de extrañar que la necesidad de cautela fuera reconocida de forma explícita por uno de los testigos clave de la Demandante, el Sr. Alfonso Flores, durante la audiencia⁹.
11. En lo que respecta a la jurisdicción, estoy de acuerdo con la conclusión de que el Tribunal puede conocer de la controversia.
12. En cuanto al fondo, empero, no comparto la conclusión de la Mayoría de que pueda decirse que el Demandado haya actuado de manera arbitraria o que se haya violado el

⁸ Principio 15 de la Declaración de Río, Art. 194 de la CONVEMAR.

⁹ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1901-1903.

Art. 1105 del TLCAN. El enfoque de la Mayoría respecto del derecho y de los hechos adolece de numerosas deficiencias que socavan el razonamiento y las conclusiones. Resulta especialmente preocupante el hecho de que no se haya tenido en cuenta el contexto ambiental del proyecto propuesto, los principales argumentos esgrimidos por el Demandado para justificar la negativa a autorizar el proyecto y las pruebas que obran en el expediente del presente caso.

13. Por motivos de economía judicial, la Mayoría ha resuelto que es innecesario determinar si la conducta del Demandado equivale a una falta de Protección y Seguridad Plenas (Art. 1105 del TLCAN) o a una expropiación indirecta (Art. 1110 del TLCAN), o si el Demandado ha otorgado a la Demandante un trato menos favorable que a los inversionistas nacionales (Art. 1102 del TLCAN). Para despejar toda duda, no considero que sea siquiera discutible que se haya violado alguna de esas disposiciones, en función del expediente que el Tribunal tiene ante sí. Toda vez que la Mayoría no ha abordado estas disposiciones, circunscribo mi análisis a la alegación de conducta arbitraria y al Art. 1105 del TLCAN.

Art. 1105 del TLCAN

14. La Mayoría concluye que el Demandado ha tratado a la Demandante “de manera arbitraria” y que dicho trato constituye una violación del estándar establecido en el Art. 1105 del TLCAN.
15. La arbitrariedad debe interpretarse y aplicarse remitiéndose a las disposiciones pertinentes del TLCAN y a las normas pertinentes o aplicables de derecho internacional. El preámbulo del TLCAN y su Art. 1114 afirman la importancia de la protección del ambiente y el desarrollo sostenible, tal como reconocieran los EE. UU. en su Escrito de Parte No Contendiente en el marco del presente caso¹⁰. El sistema del derecho internacional de las inversiones no existe en el vacío y los tribunales que analizan las acciones de los Estados deben recordar que los Estados se encuentran sujetos a una gran cantidad de otras obligaciones internacionales. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige que en la interpretación

¹⁰ Escrito de los Estados Unidos de América, párrs. 21-22.

del TLCAN se tenga en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, formulación que incluye las obligaciones en virtud de los tratados y del derecho consuetudinario¹¹. En el presente caso, las normas pertinentes aplicables incluyen las obligaciones conforme al derecho consuetudinario relativas a la protección de la biodiversidad y el ambiente marino. Estas obligaciones pueden encontrarse en tratados como el Convenio sobre la Diversidad Biológica del año 1992 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de la que los Estados Unidos no son parte), y también se ha determinado su existencia en el derecho internacional consuetudinario. Esas obligaciones en virtud del derecho consuetudinario incluyen la obligación de proteger y preservar el medio ambiente, de manera consistente con el criterio de precaución¹². Resulta especialmente relevante el Art. 208 de la CONVEMAR, que obliga a los Estados a “prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante directa o indirectamente de las actividades relativas a los fondos marinos sujetas a su jurisdicción” y que refleja una norma de derecho consuetudinario¹³. Por ende, al considerar si el Demandado actuó de manera arbitraria, es fundamental recordar que estaba obligado a actuar de conformidad con su deber en virtud del derecho internacional de proteger el ambiente del Golfo de Ulloa y el principio de precaución.

16. Conuerdo con la Mayoría en que, en principio, una conducta arbitraria puede constituir una violación del nivel mínimo internacional al que se refiere el Art. 1105. Que esto sea así dependerá de los hechos del caso. Tal como señalara Canadá en su Escrito de Parte No Contendiente, el Art. 1105 no otorga a los tribunales la facultad de cuestionar la política y la toma de decisiones del gobierno. Por lo tanto, cualquier análisis con arreglo al Art. 1105 debe llevarse a cabo a la luz del “gran margen de deferencia que el

¹¹ Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹² Principio 15 de la Declaración de Río. Diversas cortes y tribunales internacionales han reconocido que el principio de precaución es una norma de derecho internacional consuetudinario. Véanse, en particular, *Responsabilidades y Obligaciones de los Estados que Patrocinan a Personas y Entidades Respecto de Actividades en la Zona (Solicitud de Opinión Consultiva Presentada a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos)* Caso ITLOS No. 17, Opinión Consultiva de 1 de febrero de 2011, párr. 135; *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva, *ICJ Reports 1996*, pág. 226, párr. 29; *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Medidas Provisionales, Ordenanza de 13 de julio de 2006, *ICJ Reports 2006*, pág. 152, Opinión Disidente del Juez *Ad Hoc* Vinuesa; *Solicitud de Examen de la Situación de Conformidad con el Párrafo 63 del Fallo Dictado por la Corte, el 20 de Diciembre de 1974, en el Caso de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *ICJ Reports 1995*, Opinión Disidente del Juez Sir Geoffrey Palmer, párr. 91, y Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pág. 342.

¹³ Artículo 208 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

derecho internacional suele conceder al derecho de las autoridades nacionales a regular dentro de sus propias fronteras”¹⁴ [Traducción del Árbitro Disidente]. También coincido en que el fallo de la CIJ en *ELSI* puede tomarse como punto de partida para definir la conducta “arbitraria” en derecho internacional. El fallo de la CIJ es claro al fijar un estándar elevado: una conducta solo se considerará “arbitraria” cuando sea “opuest[a] al estado de derecho” y cuando la conducta en cuestión “conmocion[e], o al menos sorprend[a], el sentido de la corrección jurídica”¹⁵.

17. Puede decirse que este estándar es amplio y se encuentra abierto a interpretación, pero no pueden caber dudas de que la CIJ pretendía establecer un criterio exigente. Por su parte, la Mayoría no ha articulado de lleno lo que considera que son los distintos aspectos de la arbitrariedad. La Mayoría ha colegido que el Demandado actuó de manera arbitraria: en otras palabras, al decidir rechazar la MIA que autorizaba el avance del proyecto de la Demandante, ha actuado de una forma que “conmociona” o “sorprende” el sentido de la corrección jurídica de la Mayoría. Esta conclusión parece basarse en la creencia de que el Demandado adoptó su decisión de negar la MIA por motivos que no tenían que ver con las razones ambientales que se manifestaron como fundamento de la resolución. En principio, no estoy en desacuerdo con que actuar por motivos distintos de los indicados pueda —en función de las pruebas de que se disponga y de los hechos particulares de un caso concreto— constituir una conducta arbitraria y una violación del nivel mínimo de trato internacional.

18. No obstante, disiento de la Mayoría en cuanto a la aplicación de ese estándar jurídico a los hechos del presente caso. Determinar que un Estado ha adoptado una decisión por motivos distintos de los declarados es una acusación muy grave. En esencia, equivale a determinar que un Estado y sus funcionarios han actuado de forma deshonesta. A la luz de ello, cabría esperar que la Mayoría adoptara un enfoque minucioso y exhaustivo en la valoración de las pruebas, analizando atentamente las declaraciones testimoniales y las pruebas documentales (o la falta de ellas) que pretenden sustentar tales alegaciones y efectuando dicho análisis de forma equilibrada.

¹⁴ Escrito de Parte No Contendiente de Canadá, párr. 18, donde se citan *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 (Árbitros J. Martin Hunter, Bryan P. Schwartz, Edward C Chiasson QC) y varios otros casos en el marco del TLCAN en el mismo sentido.

¹⁵ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

19. En concreto, uno esperaría que la Mayoría hubiera revisado acuciosamente las razones ambientales brindadas por el Demandado en las dos resoluciones que adoptó en rechazo de la MIA presentada por la Demandante. Naturalmente, no corresponde al Tribunal determinar si tales preocupaciones se encontraban sólidamente fundadas, pero el rigor y la atención con que el Demandado ha analizado las cuestiones ambientales —y la plausibilidad de sus conclusiones, teniendo en cuenta el margen de apreciación que una autoridad pública tendrá en relación con las decisiones sobre tales cuestiones— guardan relevancia directa para la credibilidad y la fuerza de la conclusión de que un demandado ha actuado realmente por motivos que son diferentes de los que se afirma que son el fundamento de su resolución.

20. A pesar de esta obviedad, la Mayoría no ha considerado conveniente efectuar en absoluto un análisis minucioso y exhaustivo. Por el contrario, ha basado sus conclusiones de hecho en un enfoque que puede calificarse de especulativo y ha atribuido importancia a declaraciones testimoniales cuya calidad y credibilidad resultan cuestionables.

21. La Mayoría ha basado su conclusión en cuatro factores principales. Me referiré a cada uno de ellos por separado. Todos estos factores tienen un denominador común, que se relaciona con la consideración de la Mayoría de las detalladas resoluciones del Demandado que negaron la MIA: la primera resolución tiene una extensión de 237 páginas; la segunda, de 519 páginas. Los informes relativos a ambas resoluciones se extienden considerablemente en el análisis del posible impacto ambiental del proyecto minero propuesto por Odyssey. Realizan un análisis pormenorizado de la metodología de Odyssey y de las medidas que propone para mitigar los efectos ambientales de sus actividades mineras. Incluyen detalles acerca de las graves y variadas preocupaciones ambientales de prestigiosos organismos y organizaciones científicos independientes, así como de miembros de la sociedad. Tal como dejaron en claro las pruebas presentadas ante el Tribunal, este proyecto propuesto suscitó una gran preocupación para muchas personas naturales y jurídicas. Sin embargo, a pesar de la abundancia de material, la Mayoría ha optado por ignorar las pruebas en cuanto al daño ambiental en su totalidad.

22. Entre las preocupaciones ambientales expresadas en las dos resoluciones se encuentran las siguientes:

- a. El impacto en el hábitat de la tortuga *caretta caretta*, en peligro de extinción¹⁶.
- b. La abundancia de tortugas en el sitio del proyecto¹⁷.
- c. El impacto en las ballenas y otros grandes mamíferos marinos¹⁸.
- d. El impacto del dragado/la extracción mecánicas en los organismos bentónicos del lecho marino y el consiguiente impacto en los organismos que se alimentan de esos organismos bentónicos¹⁹.
- e. La compatibilidad del proyecto con el principio de precaución reconocido tanto por la legislación mexicana como por el derecho internacional²⁰.
- f. La metodología de los estudios ambientales de la Demandante, incluida la época del año en que se llevaron a cabo dichos estudios²¹.
- g. La despreocupación que muestran las medidas de mitigación propuestas por la pérdida de la vida de las tortugas²².
- h. La falta de métodos o indicadores claros para evaluar el impacto continuo del proyecto²³.

23. Entre las entidades que expresaron sus preocupaciones durante las consultas públicas relacionadas con el proyecto se encontraban:

- a. El Gobierno del Estado de Baja California Sur, que expresó su preocupación por la forma en que se habían llevado a cabo las evaluaciones ambientales²⁴.
- b. La Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, que expresó su preocupación respecto de los impactos negativos de la minería y la

¹⁶ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 221-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 465-469.

¹⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 221-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

¹⁸ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

¹⁹ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 222-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 482-497.

²⁰ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 512-515.

²¹ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

²² C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 503-504, 512-516.

²³ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, pág. 504.

²⁴ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 163-164; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 160-161.

superposición entre el área del proyecto y diversos sitios importantes por su biodiversidad²⁵.

- c. La Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, que expresó varias preocupaciones, incluido el posible impacto del proyecto en las ballenas²⁶.
- d. El Instituto de Ciencias del Mar y Limnología, que expresó su especial preocupación por la liberación de elementos tóxicos en la columna de agua²⁷.
- e. La Sociedad de Mastozoología Marina, que mencionó sus preocupaciones con respecto al impacto acústico en las ballenas y la posible pérdida de hábitat²⁸.

24. En lo que respecta a las presentaciones individuales, las dos resoluciones denegatorias también registran una serie de casos en los que el Demandado solicitó información de seguimiento o aclaraciones sobre cuestiones de detalle, incluida la metodología. Además, incluso una lectura somera de las dos resoluciones muestra que las secciones de análisis están repletas de referencias a una serie de publicaciones científicas independientes y de acceso público —y se encuentran respaldadas por ellas—, que abordan y analizan la importancia ambiental del Golfo de Ulloa y los probables efectos adversos significativos del proyecto propuesto.

25. Pese a que estas preocupaciones constan en las pruebas ante el Tribunal, la Mayoría no ha hecho alusión a los motivos sustantivos planteados por el Demandado en sustento de sus resoluciones denegatorias, ni ha ofrecido ninguna opinión al respecto. Estos motivos son la esencia misma de la defensa del Demandado a la reclamación ante el Tribunal de Arbitraje y resulta preocupante e inapropiado que, en un asunto de evidente preocupación local, nacional e internacional, un tribunal de arbitraje internacional guarde silencio de esta manera. La Mayoría no ha ofrecido ninguna justificación, explicación ni razones con respecto a su decisión de no considerar ni evaluar los fundamentos proporcionados por el Demandado en relación con su decisión de rechazar una MIA por motivos ambientales. No resulta sencillo encontrar una base razonable

²⁵ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 165-166; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 162-163.

²⁶ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 166-173; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 162-170.

²⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 176-180; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 173-177.

²⁸ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 185-194; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 182-190.

para esa omisión. Al no haber tenido en cuenta argumentos y pruebas relevantes, la Mayoría ha cometido un error fatal, socavando cualquier posibilidad de que pueda decirse que sus conclusiones son razonables o guardan relación con las pruebas de que dispone.

26. El único reconocimiento que se hace en el Laudo de las cuestiones ambientales que constituyen el punto central del caso son los tres brevísimos párrafos en los que se consideran las presentaciones de organismos científicos independientes, ONG y organizaciones gubernamentales descritas en el párrafo 23 *supra*²⁹. Desafortunadamente, la Mayoría parece no comprender fundamentalmente el verdadero papel de dichas presentaciones en un proceso de evaluación ambiental. La Mayoría despreocupadamente descarta la relevancia de estas presentaciones en función de que no se hace alusión a ellas en la sección de análisis de las dos resoluciones³⁰, cosa que no es controvertida por la Demandante. Ello no es de extrañar. Tal como parecieran reconocer tanto la Demandante como la Mayoría³¹, estas presentaciones no eran vinculantes y el Demandado debía llevar a cabo su propio análisis independiente del Proyecto Don Diego. Si el Demandado se hubiera basado en este material de la forma contemplada por la Mayoría, el Demandado se habría expuesto a la acusación de que no había adoptado él mismo las dos resoluciones denegatorias o que había sido selectivo al referirse a algunas, pero no a todas las presentaciones. La manera en que el Demandado abordó las presentaciones de terceros se inscribe en una práctica que no es de modo alguno excepcional. Así, el enfoque de la Mayoría parece reflejar una falta de comprensión del proceso de evaluación ambiental más que de cuestiones más sustantivas.

27. La verdadera importancia de estas presentaciones no radica en cómo se hace referencia a ellas en el análisis de la MIA, sino en el efecto que tienen sobre la credibilidad del argumento de que el Demandado no actuó realmente por las razones ambientales aducidas. En mi opinión, la existencia de presentaciones detalladas de un gran número de organizaciones expertas independientes y de autoridad o individuos que han expresado serias preocupaciones en cuanto a los impactos ambientales del Proyecto

²⁹ Laudo de la Mayoría, párrs. 431-434.

³⁰ Laudo de la Mayoría, párr. 434.

³¹ Réplica de la Demandante, párr. 69; Laudo de la Mayoría, párr. 433.

Don Diego refuerza la credibilidad de los argumentos del Demandado: estas presentaciones confirman tanto la razonabilidad de la conclusión de que el Proyecto Don Diego dio lugar a preocupaciones ambientales significativas, como así también que puede decirse que el Demandado ha actuado en función de esas preocupaciones. La Mayoría guarda silencio sobre ambos aspectos.

28. En lugar de abordar las razones ambientales invocadas por el Demandado, la Mayoría ha basado en gran medida su conclusión de que el Demandado actuó por razones distintas a la protección del medio ambiente en la declaración testimonial de dos individuos, el Sr. Alfonso Flores y el Sr. Alberto Villa. Ambos son exempleados de la SEMARNAT. He prestado máxima atención a los testimonios escritos y orales del Sr. Flores y del Sr. Villa y lamento tener una serie de inquietudes que me llevan a albergar serias dudas sobre su credibilidad.
29. Una inquietud importante es que el Sr. Flores y el Sr. Villa recibieron pagos de la Demandante por el tiempo que dedicaron a la preparación de sus declaraciones testimoniales y el tiempo empleado en comparecer a las audiencias. En un principio, no se declaró que este hecho hubiera sido así: los acuerdos no fueron divulgados por Odyssey ni por los testigos en la primera oportunidad, como podría haber sido, y los detalles de los acuerdos, incluidas las condiciones, los plazos y las sumas de dinero salieron a la luz recién durante la audiencia³². El hecho de que posteriormente el Sr. Flores no presentara las facturas al Tribunal, a pesar de que se le había ordenado hacerlo, indica que el Tribunal no tiene un panorama completo de los acuerdos financieros y de otro tipo que el Sr. Flores celebró al decidir prestar declaración en el presente caso³³. No obstante, parece que se abonó a cada testigo alrededor de USD 200 por hora por su tiempo, en concepto de preparación de sus declaraciones testimoniales y testimonios orales, lo que asciende a un total de no menos de USD 25.000 cada uno³⁴. Teniendo en cuenta la relativa brevedad de las declaraciones, se trata de una suma considerable y, al parecer, es más de la mitad de los salarios anuales que percibían como empleados de la SEMARNAT.

³² Tr. de la Audiencia, Día 2, 391-408.

³³ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1836-1839.

³⁴ Tr. de la Audiencia, Día 2, 396-397.

30. Asimismo, en el transcurso de la audiencia se reveló que una parte del pago recibido por el Sr. Villa parecía haber correspondido a tareas que realizó antes de firmar su contrato con la Demandante. Mientras que la primera declaración testimonial del Sr. Villa se firmó el 8 de mayo de 2020, el Contrato de Compromiso en virtud del cual recibió el pago no se firmó hasta el 2 de noviembre de 2020. El Sr. Villa se encontraba sujeto a la aplicación de una norma de la legislación mexicana que prohibía explícitamente a ambos realizar tales actividades en el plazo de un año desde su empleo en la SEMARNAT: véanse Arts. 55 y 56 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. El Sr. Villa negó haber recibido remuneración alguna por el tiempo dedicado a preparar su primera declaración testimonial³⁵. Sin embargo, dada la tarifa de USD 200 por hora y el hecho de que el Sr. Villa recibió un pago por al menos 60 horas de “preparación de la audiencia”³⁶, las declaraciones del Sr. Villa no resultan persuasivas.

31. La Mayoría está en lo cierto al señalar que no es ilegal ni inusual en sí que los testigos presentados en el marco de diferencias entre inversionistas y Estados reciban un pago por su tiempo. Sin embargo, ello no significa que un tribunal deba ignorar la existencia de tales pagos —incluidas las condiciones, el momento y el valor— o la imparcialidad (o falta de ella) de una parte en relación con la realización de dichos pagos, al formar su opinión respecto de la credibilidad de uno o más testigos. Los acuerdos en este caso eran inusuales y bien pueden haber sido irregulares o incluso ilegales en virtud de la legislación mexicana. La falta de transparencia inicial no permitió al Tribunal tener conocimiento de los acuerdos cuando leyó por primera vez las declaraciones testimoniales. Considero que la moderación de la Mayoría en esta cuestión fundamental —dada la gran importancia que ha atribuido a las pruebas de los dos testigos— resulta preocupante. ¿Cuánta importancia puede razonablemente asignarse al testimonio de los dos testigos más importantes, cuando en mitad del procedimiento se descubre que han recibido sumas considerables de la parte que se beneficiará de sus pruebas? No mucha, a mi juicio, y menos aún ante la ausencia de otras pruebas que sustenten la conclusión a la que arriba la Mayoría. Los acuerdos celebrados con los testigos, junto con los demás

³⁵ Tr. de la Audiencia, Día 2, 393-394.

³⁶ Tr. de la Audiencia, Día 2, 403-404.

puntos que abordaré *infra*, generan serias dudas en cuanto a la credibilidad del Sr. Flores y del Sr. Villa y a la importancia que debería adjudicarse a sus testimonios.

32. Tengo otras dudas sobre las declaraciones del Sr. Flores y del Sr. Villa. En primer lugar, a pesar de afirmar haber tenido una gran participación en el proceso de toma de decisiones relevante mientras eran empleados de la SEMARNAT, ninguno de ellos pudo señalar prueba documental contemporánea alguna, en forma de correos electrónicos, actas de reuniones o informes, que sustentara sus aseveraciones o los hechos alegados. Esto no significa en sí mismo que los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa deban descartarse de lleno. Sin embargo, a la luz de los dos extensos informes en los que se exponen las razones ambientales del rechazo de la MIA, esta falta de pruebas documentales ofrecidas por los testigos para demostrar que la denegatoria obedeció a otras consideraciones es, cuando menos, sorprendente y desconcertante. La ausencia de tales pruebas limita considerablemente la importancia que debe atribuirse a las declaraciones del Sr. Flores y del Sr. Villa.
33. Otra duda surge del hecho de que el testimonio de cada uno de los dos testigos no es persuasivo en sus propios términos. Sus relatos dejan muchas cuestiones sin abordar ni explicar. No tienen nada que decir, por ejemplo, acerca de la oposición constante, firme y ampliamente articulada al Proyecto Don Diego por motivos ambientales por parte de instituciones científicas independientes y de autoridad, así como de grupos de ciudadanos y miembros de la sociedad. Entre los opositores se encontraban los afectados de forma más directa por el proyecto propuesto, como la comunidad pesquera local. Tampoco tienen nada que decir respecto de las manifestaciones de preocupación por parte de autoridades ajenas a la SEMARNAT, ni expresan opiniones sobre cómo es que podía esperarse razonablemente que la SEMARNAT hiciera caso omiso de dichas manifestaciones de preocupación. La sugerencia de otro de los testigos de Odyssey, el Sr. Gordon, de que las preocupaciones ambientales planteadas eran “ideológicas” y no científicas, tiende a sustentar la conclusión de que los proponentes del proyecto y sus partidarios consideraban que las cuestiones ambientales eran una molestia y que carecían de fundamento³⁷. Por el contrario, los informes periciales presentados por el Demandado eran independientes, de autoridad y convincentes en sus

³⁷ Tr. de la Audiencia, Día 1, 219-221.

conclusiones en cuanto a los riesgos del proyecto para la vida marina en el Golfo de Ulloa, concretamente, para las tortugas *caretta caretta*: véase Informe del Dra. Agnese Mancini, Dr. Alberto Abreu, Dr. Bryan Wallace, Dr. Allan Zavala y M. en C. Raquel Briseño, Grupo de Expertos en Tortugas Marinas en materia de Conservación de la Tortuga *Caretta Caretta* en el Golfo de Ulloa (13 de octubre de 2021, especialmente, párr. 127). Las pruebas ante el Tribunal relativas al riesgo de daños ambientales eran convincentes, no fabricadas y articuladas tanto por individuos sumamente calificados como por organismos gubernamentales y no gubernamentales. Las pruebas reforzaban la conclusión de que Odyssey era un proponente por completo inadecuado para un proyecto del estilo del que nos ocupa, caracterizado como estaba por la desafortunada combinación de falta de experiencia en actividades mineras y un profundo sentido de hostilidad hacia las preocupaciones ambientales que pudieran entorpecer el proyecto.

34. El Tribunal también oyó al Sr. Pacchiano, la persona que, según Odyssey, fue la única responsable de obstaculizar el proyecto Don Diego. Determiné que el Sr. Pacchiano era un testigo creíble, en el sentido de que su preocupación obedecía de forma bastante evidente al deseo de garantizar que el proyecto solo siguiera adelante si las preocupaciones ambientales legítimas que se habían planteado podían abordarse de manera completa y profesional. El hecho de que tenga un compromiso personal con la protección del medio ambiente no es algo que se le deba reprochar. Por el contrario, como Secretario de la SEMARNAT, uno esperaría que esa persona actuara de manera precautoria y no oí nada en su testimonio —ni en las opiniones que surgieron en el conainterrogatorio— que indicara que las motivaciones de sus acciones no estuvieran debidamente fundadas en preocupaciones ambientales legítimas. La conducta del Sr. Pacchiano, ¿“conmocion[ó], o al menos sorprend[ió], el sentido de la corrección jurídica”?³⁸ No conmocionó ni sorprendió el mío, especialmente dada la obligación del Demandado de respetar el principio de precaución. Me resulta difícil entender cómo es que, sobre la base de las pruebas que el Tribunal tiene ante sí, un lector u observador razonable podría arribar a la conclusión de que el comportamiento del Sr. Pacchiano causó conmoción o fue arbitrario. Personas razonables pueden tener posturas distintas respecto del fondo de la decisión de rechazar la MIA por motivos ambientales, pero no puede considerarse de modo alguno que se trató de una decisión que causó conmoción

³⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

o fue arbitraria. Muy a las claras se basó únicamente en las preocupaciones por los riesgos ambientales del proyecto que se manifestaron en las dos extensas resoluciones denegatorias de la MIA y el Tribunal no disponía de ninguna prueba convincente que apuntara a algún otro fundamento de la decisión. En efecto, a pesar de afirmar que la decisión de negar la MIA se adoptó por motivos personales del Sr. Pacchiano, ni la Demandante ni la Mayoría han podido identificar cuáles fueron realmente esos supuestos motivos. Gran parte de lo que declaró el Sr. Pacchiano tendió a reforzar mis dudas acerca de los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa y la falta de credibilidad de los proponentes del proyecto.

35. La Mayoría, empero, desestima el testimonio del Sr. Pacchiano en su totalidad, por medios que son poco convincentes. En vez de lanzar una mirada crítica sobre el testimonio del Sr. Pacchiano, por un lado, y los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa, por otro, la Mayoría se basa en un razonamiento débil que optó en cambio por la verosimilitud de las pruebas de estos dos últimos. A diferencia de lo que opina la Mayoría³⁹, el hecho de que el Sr. Pacchiano asistiera a una serie de reuniones relacionadas con el Proyecto Don Diego no puede en sí mismo sustentar el argumento de Odyssey de que estaba decidido a obstaculizar el proyecto. Por el contrario, la naturaleza del proyecto y del inversionista habría hecho saltar las alarmas de cualquier persona razonable que ocupara el cargo que desempeñaba el Sr. Pacchiano. La minería profunda del lecho marino es una actividad controvertida, ya que puede tener consecuencias a largo plazo que son difíciles de predecir. La naturaleza potencialmente problemática de la actividad se refleja en los actuales debates internacionales relativos a la minería profunda del lecho marino en el marco de la CONVEMAR⁴⁰ y en una reciente resolución adoptada por la 14^a Conferencia de la Convención sobre Especies Migratorias, que ha señalado los peligros ambientales de la minería en aguas profundas

³⁹ Laudo de la Mayoría, párrs. 374-375.

⁴⁰ Por ejemplo, véanse además, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Proyecto de Reglamento sobre Explotación de Recursos Minerales en la Zona: Cuarto Texto Revisado de la Facilitadora sobre las Partes IV y VI y Anexos Relacionados”, ISBA/28/C/IWG/ENV/CRP.3 (16 de octubre de 2023); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Informe Anual del Secretario General: Garantizar la Gestión y Administración Sostenibles de los Fondos Marinos y sus Recursos en Beneficio de la Humanidad” (junio de 2022); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Proyecto de Reglamento sobre Explotación de Recursos Minerales en la Zona”, ISBA/25/C/WP.1 (22 de marzo de 2019), Parte IV.; Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Estrategia Preliminar para la Elaboración de Planes Regionales de Gestión Ambiental para la Zona”, ISBA/24/C/3 (16 de enero de 2018); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Hacia una Estrategia de Gestión Ambiental de ISA para el Área”, Estudio Técnico No. 17 de la ISA.

y ha instado a los Estados a reconocer el impacto de dicha actividad, a actuar conforme al principio de precaución y a que “no se comprometan con la minería en aguas profundas” hasta que no se hayan obtenido pruebas sólidas sobre el daño potencial de dicha actividad⁴¹.

36. Igualmente llamativa es la conclusión de la Mayoría de que la falta de testimonios de varias otras personas que participaron en el proceso de toma de decisiones debería considerarse un indicio de que las alegaciones de la Demandante son veraces. Es cierto que estas personas no comparecieron ante el Tribunal “[para] apoyar la versión del Sr. Pacchiano de que las declaraciones de los Sres. Flores y Villa eran falsas”⁴², tal como asevera la Mayoría. Pero es igualmente cierto que no comparecieron para apoyar el relato de los testigos de la Demandante. Inferir lo que la Mayoría ha inferido —o, en efecto, lo contrario— a partir de la ausencia de uno o más posibles testigos y atribuir luego tal importancia sobre la base de la ausencia y la inferencia se contraponen a las responsabilidades básicas de determinación de los hechos de un tribunal encargado de valorar las pruebas y aplicar la ley.

37. Un segundo factor en el que se basa la Mayoría es la decisión del TFJA en el sentido de que la primera resolución denegatoria de la MIA fue ilegal. Es mérito del TFJA —y de México— que la sentencia criticara la primera resolución denegatoria: se impugnó una resolución adoptada, se determinó que había sido adoptada ilegalmente de conformidad con la legislación mexicana y se anuló. El sistema de derecho mexicano funcionó. Sin embargo, la Mayoría malinterpreta por completo lo que hizo el TFJA: no criticó la resolución denegatoria de la MIA sobre la base del fondo de las preocupaciones ambientales, sino sobre la base de las razones manifestadas y el criterio adoptado. Asimismo, se encuentra ampliamente establecido e incluso es evidente que determinar la ilegalidad o la responsabilidad en el ámbito nacional no implica necesariamente determinar la ilegalidad en el ámbito internacional. La CIJ explicó lo siguiente en *ELSI*:

⁴¹ CMS/Resolución 14.6 sobre Actividades de Explotación de Minerales de los Fondos Marinos y Especies Migratorias, PNUMA, párrs. 2-3, adoptada el 17 de febrero de 2024. La resolución no tiene ningún efecto jurídico en relación con este procedimiento y no define mis conclusiones, ya que es posterior a las audiencias y las partes no han tenido la oportunidad de analizarla, y México y los EE. UU. no son partes de la Convención. No obstante, confirma la razonabilidad de las preocupaciones abordadas por los expertos y otras partes que participaron en el proceso de toma de decisiones en México.

⁴² Laudo de la Mayoría, párr. 386.

“La conclusión de los tribunales locales de que un acto era ilegal puede ser relevante para argumentar que también era arbitrario; pero por sí misma, y sin más, no puede decirse que la ilegalidad equivalga a arbitrariedad. [...] Tampoco se deduce de la declaración de un tribunal municipal de que un acto era injustificado, o irrazonable, o arbitrario, que ese acto deba necesariamente calificarse de arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al acto impugnado por una autoridad municipal pueda ser una indicación valiosa”⁴³.

38. El punto central de las críticas del TFJA es que la primera resolución denegatoria no era lo suficientemente precisa y no explicaba de manera completa los fundamentos en los que se basaban algunas conclusiones⁴⁴. La sentencia del TFJA es exhaustiva y se encuentra claramente fundamentada, y merece el mayor de los respetos por lo que concluyó y por lo que no dijo. El TFJA no dictaminó que la resolución denegatoria fuera adoptada por motivos distintos de los allí expuestos. Contrariamente a lo que sugiere la Mayoría, el TFJA no determinó que la resolución denegatoria tuviera “graves defectos desde una perspectiva científica y ambiental”⁴⁵ o que fuera “carente de bases científicas”⁴⁶. Más bien, el TFJA estableció de forma expresa que no contaba con el conocimiento para considerar el fondo de las razones ambientales expuestas⁴⁷ y circunscribió su revisión a la claridad del análisis y el razonamiento. A la luz de ello, la sentencia del TFJA no sustenta de modo alguno la opinión de la Mayoría de que la resolución denegatoria se adoptó por motivos distintos de las razones ambientales alegadas.

39. El Tribunal ha tenido ante sí una segunda resolución denegatoria en la que se abordan las preocupaciones ambientales en mayor profundidad y con pruebas adicionales, precisamente para analizar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia⁴⁸. La impugnación de esta decisión continúa pendiente de resolución ante los tribunales

⁴³ *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 124.

⁴⁴ **C-0170**, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 138-170.

⁴⁵ Laudo de la Mayoría, párr. 406.

⁴⁶ Laudo de la Mayoría, párr. 406.

⁴⁷ **C-0170**, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 187.

⁴⁸ **C-0009**, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018.

nacionales y sería inapropiado formular comentarios sobre las perspectivas de que esta impugnación prospere (además, dado que la Demandante no ha abordado la manera en que el TFJA ha tramitado ese procedimiento, no forma parte de la reclamación en el presente procedimiento y no puede ser analizada por este Tribunal). A los fines que nos ocupan, sin embargo, basta con advertir que el segundo informe es aún más extenso y pormenorizado que el primero y pretende (a primera vista) abordar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia. También parece abordar los aspectos tanto económicos como ambientales de este proyecto. Resulta, por lo tanto, llamativo que, pese al énfasis puesto en la segunda resolución por el Demandado, la Mayoría haya optado por no expedirse sobre el contenido del segundo informe al considerar el fondo de la controversia. La Mayoría ha colegido que una decisión es arbitraria sin analizar las razones declaradas que la motivaron.

40. Como mínimo, la existencia y el contenido del segundo informe seguramente debían analizarse a fin de determinar la naturaleza del esfuerzo por parte de la SEMARNAT por abordar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia y de determinar si el informe puede caracterizarse como un intento genuino de subsanar las deficiencias del primer informe. ¿No es así? La Mayoría debería haberse preguntado si el contenido del segundo informe llegaba al punto de oponerse al estado de derecho o conmocionar (o al menos sorprender) el sentido de la corrección jurídica⁴⁹. A primera vista, resulta absurdo concluir, sobre la base de la totalidad de las pruebas de que dispone el Tribunal, que la decisión de rechazar la MIA, por las razones expuestas en el segundo informe, pueda calificarse como susceptible de causar conmoción o de reflejar la obra de una mente arbitraria.

41. La Mayoría se basa en un tercer factor para determinar que se ha violado el Art. 1105, a saber, la resolución adoptada por la Subsecretaria de la SEMARNAT, Martha García Rivas, el 27 de febrero de 2017, mediante la que rechazó el Recurso de Revisión de ExO. En este caso, la Mayoría hace gran hincapié en la negativa a atribuir suficiente (o alguna) importancia a varios informes científicos presentados por Odyssey en sustento del Recurso. Entre ellos se incluyen defectos formales tales como la omisión de incluir

⁴⁹ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

el nombre completo de un autor de uno de los informes y el hecho de que algunos de los firmantes fueran extranjeros⁵⁰. Esta omisión también fue criticada por el TFJA⁵¹.

42. Al parecer, se trata de un exceso de celo por parte de la SEMARNAT. A mi juicio, no era justificable negarse a atribuir importancia a los informes científicos basándose únicamente en defectos formales evidentemente menores. Dicho esto, no comprendo cómo podría decirse que las acciones de la Subsecretaria García Rivas respaldan de un modo sustantivo la conclusión de que la decisión de denegar la MIA de la Demandante se adoptó por motivos distintos a las razones ambientales expresadas por la SEMARNAT. La sentencia del TFJA no efectuó ninguna determinación en cuanto a los motivos por los cuales la Subsecretaria García Rivas actuó como lo hizo y no insinuó que sus acciones menoscabaran o pusieran en duda la importancia adjudicada a las razones ambientales en la resolución de la MIA. El Tribunal no cuenta con pruebas que indiquen el motivo por el que la Subsecretaria García Rivas actuó como lo hizo y la Mayoría no ha citado ninguna. En cambio, la Mayoría ha incurrido en un acto de especulación al identificar esta cuestión como un factor adicional para sustentar la conclusión de que el Demandado rechazó la MIA de la Demandante por razones que nada tenían que ver con la protección del medio ambiente. A falta de pruebas, no es correcto que un tribunal de arbitraje internacional especule en cuanto al motivo y tampoco lo es asignar importancia a las consecuencias de esa especulación. El enfoque se aparta de la correcta valoración de las pruebas que es parte intrínseca de la función arbitral. La especulación no es una base para evaluar los hechos. La especulación no puede sustentar ni determinar un hecho, ni servir de fundamento para arribar a una conclusión jurídica. Sin embargo, eso es precisamente lo que ha hecho la Mayoría.

43. Por último, en relación con la segunda resolución de la SEMARNAT, la Mayoría hace gran hincapié en una declaración supuestamente efectuada por la SEMARNAT cinco días después de dictada la sentencia del TFJA, que, según la Demandante, refleja la intención de no hacer más que confirmar la resolución original de la SEMARNAT y negar la MIA por segunda vez, tras la sentencia del TFJA⁵². El documento que contiene la supuesta declaración requiere un análisis detenido, puesto que la procedencia de la

⁵⁰ Laudo de la Mayoría, párrs. 409-423.

⁵¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 201-202, 208.

⁵² Laudo de la Mayoría, párrs. 424-430; C-0470, Tarjeta Informativa.

declaración es motivo de un importante desacuerdo entre las partes. Sobre este particular, llama la atención que la Mayoría no haya sido capaz de identificar pruebas claras en las que pueda basarse razonablemente para resolver ese desacuerdo, optando, en cambio, por basarse en su aparente autoridad e importancia⁵³. En ausencia de pruebas claras que establezcan la procedencia de la declaración, no resulta sencillo imaginar cómo podría atribuírsele de forma razonable mucha importancia, en su caso.

44. Sin embargo, aun suponiendo que la declaración debiera tomarse al pie de la letra, no ofrece ningún sustento significativo a la conclusión de la Mayoría de que el Demandado actuó por motivos que no eran la protección del medio ambiente. Al buscar pruebas de una conspiración en el seno de la SEMARNAT en contra de la Demandante, la Mayoría parece haber descartado una explicación menos enrevesada respecto de la supuesta declaración: que la SEMARNAT estaba segura del análisis ambiental y científico que había llevado a cabo y pretendía expresar su evaluación y sus conclusiones de la manera requerida por la sentencia del TFJA. La Mayoría no controvierte que en ese momento ya se había llevado a cabo un importante análisis científico y técnico ni que el Demandado tenía derecho (y estaba obligado) a actuar de conformidad con un criterio de precaución, teniendo en cuenta la importancia ecológica del Golfo de Ulloa. Una vez más, la Mayoría ha atribuido al contenido de un documento un motivo que es totalmente especulativo.

45. La Mayoría también presenta “observaciones” relativas a las expectativas legítimas de la Demandante⁵⁴. No queda claro qué relación tienen (en su caso) estas “observaciones” con las conclusiones de la Mayoría, pues constan recién después de haber concluido que se produjo una violación del Art. 1105. En cualquier caso, esta sección aporta poco al análisis de la Mayoría. No se hace ningún esfuerzo serio por establecer (i) el “compromiso cuasicontractual” necesario para que una expectativa sea relevante para el análisis del NMT⁵⁵, (ii) la existencia de pruebas de la confianza real en ese compromiso⁵⁶ o (iii) la existencia de pruebas de que tal confianza fuera razonable o

⁵³ Laudo de la Mayoría, párrs. 428-430.

⁵⁴ Laudo de la Mayoría, párr. 443.

⁵⁵ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 290 (Árbitros Michael Pryles, David D. Caron, Donald M. McRae).

⁵⁶ Por ejemplo, *RWE Innogy GMBH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/34, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, 30 de diciembre de 2019, párrs. 494-506 (Árbitros Anna Joubin-Bret, Judd L. Kessler, Samuel Wordsworth).

prudente⁵⁷. Por el contrario, la Mayoría ha recurrido a nuevas aseveraciones vagas y generales que no encuentran sustento en autoridad legal o prueba de hecho alguna. Al igual que el resto del Laudo, este nivel de razonamiento está muy por debajo de lo que la Demandante y el Demandado tienen derecho a esperar de un tribunal internacional.

Compensación

46. De mis conclusiones sobre el fondo se desprende que no considero que pueda decirse que se deba compensación alguna a la Demandante. Empero, incluso en el supuesto de que pueda decirse que el análisis de la Mayoría sobre el fondo es correcto, que, en mi opinión, no lo es, tengo serias reservas en cuanto al criterio adoptado en materia de compensación.
47. La inquietud con respecto al criterio de la Mayoría se basa en tres principios fundamentales del derecho internacional, que los tribunales deben respetar al fijar el monto de la compensación tras determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. *En primer lugar*, debe existir un nexo causal entre la violación identificada y la pérdida reclamada. No basta con demostrar la existencia de una pérdida como consecuencia de un hecho ilícito sin acreditar también que fue ocasionada por la violación efectivamente identificada. *En segundo lugar*, los principios para cuantificar la compensación dependerán de la violación del tratado identificada. Si bien el estándar de “compensación plena” explicado en *Fábrica de Chorzów* se aplica a todos los hechos internacionalmente ilícitos, los principios de cuantificación diferirán en función de la obligación incumplida concreta. Determinar que se ha producido una expropiación ilegal implica intrínsecamente que el demandante ha perdido todo el valor de su inversión y que, por tanto, la compensación debería calcularse en función del valor justo de mercado del bien expropiado (“VJM”). Sin embargo, cuando se identifica el incumplimiento de una obligación diferente, la pérdida sufrida puede ser considerablemente inferior al valor total de la inversión, lo que significa que no se pueden aplicar de forma automática el estándar de VJM o los costos hundidos para determinar el monto de la compensación. En tales casos, los tribunales deben considerar

⁵⁷ Por ejemplo, *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, 26 de junio de 2009, párr. 250 (Árbitros Michael Pryles, Christopher Thomas, Piero Bernardini).

las pruebas más allá del valor de la inversión para determinar la pérdida realmente sufrida. *En tercer lugar*, recae sobre el demandante la carga de acreditar la pérdida y demostrar el nexo causal entre la violación identificada y la pérdida reclamada. En ausencia de pruebas o argumentos suficientes del demandante, los tribunales no deben realizar sus propios análisis o especulaciones. A mi juicio, la Mayoría ha conculcado todos estos principios cardinales.

48. En este caso, la Mayoría ha colegido únicamente que se ha producido una violación del Art. 1105 del TLCAN, rechazando acertadamente la alegación de que ha existido una expropiación ilegal. En lugar de presentar análisis de cuantificación distintos para cada violación del TLCAN alegada, la Demandante ha optado por presentar un único argumento sobre la base del valor total de la inversión⁵⁸. Este método sería lógico en el contexto de una reclamación por expropiación ilegal, pero por los motivos expuestos *supra* no puede aplicarse automáticamente a otras violaciones del tratado. Aducir sin más, tal como hace la Demandante, que cada supuesta violación fue la causa independiente de que el valor de la inversión se convirtiera en cero, sin ninguna prueba o análisis respaldatorios, es manifiestamente inadecuado⁵⁹. En ausencia de argumentos o pruebas ofrecidos por la Demandante en cuanto a la pérdida derivada de la violación específica del tratado identificada, la Mayoría arriba a una conclusión inmotivada. En el mejor de los casos, la pérdida ocasionada a la Demandante, según el criterio de la Mayoría, no puede ser mayor que la derivada del costo de tener que presentar una segunda solicitud de la MIA o de la demora que siguió a la presentación de dicha solicitud. No se alega que los tribunales mexicanos hayan actuado de forma ilegal. Toda vez que la Demandante no ha ofrecido ningún argumento o prueba en cuanto a los daños que surgen en relación con los costos adicionales incurridos o la demora, la Mayoría debería haber concluido que no puede otorgársele compensación alguna a la Demandante. Este es el criterio adoptado por otros tribunales, como es el caso del reciente laudo dictado en *Infinito Gold c. Costa Rica*⁶⁰.

⁵⁸ Memorial de la Demandante, párr. 376.

⁵⁹ Memorial de la Demandante, párr. 376.

⁶⁰ *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (Árbitros Gabrielle Kaufmann-Kohler, Bernard Hanotiau, Brigitte Stern), párrs. 584-586. Véanse también *Pawlowski AG y Projekt Sever S.R.O. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (Árbitros Juan Fernández-Armesto, John Beechey, Vaughan Lowe), párrs. 728-737; *The AES Corporation y TAU Power B.V. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/10/16, Laudo, 1 de noviembre de 2013 (Árbitros Pierre Tercier, Vaughan Lowe, Klaus Sachs), párrs. 444-478; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 (Árbitros Franklin Berman, Donald Francis Donovan, Marc Lalonde),

49. Sin embargo, la Mayoría ha hecho lo contrario, otorgándole a la Demandante una compensación calculada según el estándar de VJM por la pérdida de la totalidad de la inversión. Esto es esencialmente infundado y sumamente problemático. No existe prueba alguna en el presente caso de que una violación del Art. 1105 haya ocasionado la pérdida total de la inversión y la Mayoría no ha señalado ninguna. Por el contrario, la Mayoría parece haber partido del supuesto no declarado de que *cualquier* violación de un tratado de inversión conlleva la condena al pago de una compensación sobre la base del estándar de VJM. Esto es, a las claras, incorrecto. La Mayoría también se equivoca al aducir que el Demandado aceptó que cualquier compensación debería calcularse de acuerdo con el estándar de VJM⁶¹; un breve vistazo a las presentaciones escritas muestra que el Demandado afirma claramente que considera que el estándar de VJM solo es aplicable tras determinarse que la Demandante tenía un derecho susceptible de ser expropiado y que existió (i) una expropiación ilegal o (ii) medidas equivalentes a una expropiación⁶². El Demandado no aceptó, tal como parece insinuar la Mayoría⁶³, que el estándar de VJM se aplique siempre que se haya identificado una violación del tratado. En lugar de ello, el Demandado ha manifestado expresamente que “rechaza la medida de compensación propuesta en cualquiera otro escenario”⁶⁴. Habida cuenta de que la Mayoría ni siquiera ha intentado analizar la existencia de una expropiación ilegal o de medidas equivalentes a una expropiación, al parecer, el análisis de cuantificación de la Mayoría se basa en una lectura errónea, o en un error de comprensión, del expediente que el Tribunal tiene ante sí.

50. Lamentablemente, no se acaban aquí los problemas con el análisis de la Mayoría en materia de compensación. Tal como se advirtiera en la sección anterior de esta disidencia, la impugnación de la segunda resolución denegatoria se encontraba pendiente de resolución ante los tribunales mexicanos cuando se incoó el presente arbitraje. Este procedimiento ante los tribunales locales puede tener varios resultados posibles y el Tribunal no dispone de pruebas que le permitan efectuar un análisis en

párrs. 281-288; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (Árbitros Bernard Hanotiau, Gary Born, Toby Landau), párrs. 788-806.

⁶¹ Laudo de la Mayoría, párr. 559.

⁶² Memorial de Contestación del Demandado, párr. 632; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, párrs. 150-152.

⁶³ Laudo de la Mayoría, párr. 559.

⁶⁴ Memorial de Contestación del Demandado, párr. 632.

cuanto al resultado probable. Tal como se observó, la Demandante no ha argüido que los tribunales mexicanos hayan violado una disposición del TLCAN.

51. Puede darse el caso, por ejemplo, de que se confirme la segunda resolución con el resultado de que no se permita que el Proyecto Don Diego siga adelante. Otra posibilidad es que se anule la segunda resolución y se le solicite a la SEMARNAT que vuelva a considerar el Proyecto. La determinación de si un resultado concreto implica una violación del TLCAN debería analizarse a la luz tanto del contenido de la segunda resolución denegatoria (sobre la que la Mayoría no ha formulado comentarios) como del contenido de la sentencia del TFJA.

52. Pese a ello, la Mayoría ha concluido que en ausencia de la supuesta violación del Art. 1105 “se habría concedido la MIA” y “existe una alta probabilidad” de que también se hubieran otorgado otras autorizaciones y licencias⁶⁵. Luego, al calcular los daños, la Mayoría va aún más lejos, al sostener lo siguiente: “Si la MIA no hubiera sido denegada erróneamente, la Demandante habría continuado el curso normal del Proyecto, obtenido el resto de los permisos de las autoridades pertinentes y estado en condiciones de explotar los yacimientos de fosfato comprendidos en el Proyecto Don Diego”⁶⁶. Esto también es pura especulación, no respaldada por pruebas. Es una conclusión que conmociona, las ilusiones de un par de árbitros que han sustituido las pruebas por sus opiniones personales. Se trata de un criterio que caracteriza de forma incorrecta y desprecia los procedimientos ante los tribunales mexicanos y socava el procedimiento que se encuentra en curso. Hasta que no se conozca la decisión del TFJA, e incluso después, el Tribunal no puede predecir si el proyecto de la Demandante seguirá finalmente adelante, o de qué forma puede seguir adelante, ni la naturaleza o el alcance de la pérdida financiera de la Demandante, en su caso. En estas circunstancias, resulta claramente prematuro e incorrecto que la Mayoría otorgue el monto de los daños sobre la base del criterio de la Demandante y de sus propias especulaciones. De basarse las conclusiones de la Mayoría en el criterio correcto, la única pérdida financiera que podría argumentarse de manera plausible con algún grado de certeza es el costo incurrido al presentar una segunda solicitud de la MIA. Ese importe ni siquiera se ha reclamado, tal como deja en claro el expediente. De ello se desprende que no debería

⁶⁵ Laudo de la Mayoría, párr. 576.

⁶⁶ Laudo de la Mayoría, párr. 600.

otorgarse ninguna compensación. Si la Mayoría se hubiera atendido a los principios y estándares correctos aplicables a la cuantificación de la compensación, así lo habría determinado.

53. Si la Mayoría hubiera considerado de manera adecuada los tres principios cardinales relativos a la causalidad, las distinciones entre las diferentes obligaciones y la carga de la prueba, estimo que habría arribado a la conclusión de que, en función de la etapa actual del procedimiento ante los tribunales mexicanos y las pruebas y los argumentos ante este Tribunal, no corresponde otorgar ninguna compensación a la Demandante en el presente caso. En cambio, ha optado por otorgar una compensación sobre una base que es, en esencia, defectuosa, tanto de conformidad con el TLCAN como en términos de política jurídica. Ha inventado un futuro sacado de la nada.

Costos

54. Las declaraciones sobre costos de ambas partes ameritan un escrutinio minucioso. Los costos de la Demandante ascienden a USD 21.265.683,40, una cifra asombrosa dada la naturaleza relativamente discreta y simple del presente caso. Aproximadamente la mitad de este monto parece haber sido aportada por terceros financiadores (DrumCliffe LLC y Poplar Falls LLC)⁶⁷. En un contexto más amplio, un informe reciente ha mencionado que el costo medio para los demandantes en casos entre inversionistas y Estados es de USD 6,4 millones, menos de un tercio de lo que la Demandante ha reclamado en concepto de costos en el presente caso⁶⁸. Los costos del Demandado ascienden a USD 2.590.212,44, alrededor del diez por ciento de la cifra de la Demandante si se excluyen de la ecuación los costos del CIADI (USD 400.000 pagados por cada una de las Partes). Resulta sorprendente que la Demandante gastara más en un solo perito en materia de cuantificación (Compass Lexecon, abonó la impresionante cantidad de USD 2.897.657,72). No menos sorprendente resulta el hecho de que Compass Lexecon presentara una reclamación principal de compensación de USD 3.137,6 millones⁶⁹, unas cien veces más que el monto finalmente otorgado por la Mayoría (USD 37,1 millones).

⁶⁷ C-0190, págs. 4, 21-24, 56-58.

⁶⁸ BIICL-Allen & Overy, “2021 Empirical Study: Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration” (junio de 2021), págs. 9-12.

⁶⁹ Laudo de la Mayoría, párr. 601.

55. Los costos de la Demandante son, según cualquier criterio decente, irrazonablemente elevados. Existen abundantes fuentes de autoridad para postular que un tribunal no debería condenar al pago de costos irrazonablemente elevados⁷⁰. En función de mi propia experiencia en arbitrajes entre inversionistas y Estados (más de cuarenta casos como abogado, de ambas partes, y posteriormente más de sesenta casos como árbitro) no veo nada excepcional o complejo en el presente caso que pueda justificar costos tan excesivos. Teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de la reclamación original y la resolución de la Mayoría, así como la diferencia entre ambas, estoy de acuerdo con la decisión de la Mayoría de que cada parte sufrague sus propios costos legales.

* * *

56. Como es evidente, sin embargo, disiento fundamentalmente del criterio adoptado por la Mayoría en cuanto a temas responsabilidad y cuantificación, y de las conclusiones. Las pruebas de que dispone este Tribunal no permiten determinar que el Demandado actuara por razones que no obedecieran genuinamente a preocupaciones ambientales reales o que las acciones del Demandado hayan ocasionado la pérdida de la totalidad de la inversión. Teniendo en cuenta las pruebas y los principios jurídicos que deben aplicarse, el único aspecto del presente caso del que podría decirse que es “opuest[o] al estado de derecho” o que “conmocion[a], o al menos sorprend[e], el sentido de la corrección jurídica” es el criterio adoptado por la Mayoría respecto de la interpretación y aplicación de la ley, tanto en materia de responsabilidad como de cuantificación.

57. Se trata de un caso en el que el sistema jurídico de México ha funcionado. Las autoridades mexicanas adoptaron una decisión, que fue impugnada ante los tribunales mexicanos, quienes fallaron a favor de la Demandante. No ha habido denegación de justicia y no se ha alegado ninguna. En función de las pruebas, el proceso de toma de

⁷⁰ Véanse *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. El Reino de España*, Caso CCE No. V 062/2012, Laudo Final, 21 de enero de 2016 (Árbitros Alexis Mourre, Guido Santiago Tawil, Claus Von Wobeser), párrs. 563-564; *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018 (Árbitros Ian Binnie, Kanaga Dharmananda, Brigitte Stern), párrs. 389-401 (“La parte es libre de gastar todos los fondos que desee en honorarios y gastos legales, pero de ello no se desprende que todos esos costos y gastos deberían imponerse a la parte contraria (vencida)” [Traducción del Árbitro Disidente]; *Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company c. República Federal de Nigeria*, Caso CIADI No. ARB/13/20, Laudo, 6 de octubre de 2020 (Árbitros William W. Park, Julian D.M. Kew, Hon. Juez Edward Torgbor), párrs. 384-387, donde se deniega la condena al pago de costos que son “irrazonablemente elevados” [Traducción del Árbitro Disidente] (párr. 385).

decisiones en México ha sido amplio y exhaustivo. Es muy evidente que el proyecto suscita importantes preocupaciones ambientales: proponía una técnica minera que no fue probada ni ensayada, y que sería utilizada por una Demandante que no tiene experiencia alguna en la actividad que desea emprender, en una zona reconocida como ecológicamente sensible. En este contexto, en una etapa relativamente temprana del proceso de toma de decisiones, la Demandante recibió una decisión que no fue de su agrado. Acudió a los tribunales locales para que se hiciera justicia y se hizo justicia. Luego invocó una obligación en virtud de un tratado internacional para impugnar su trato anterior. Ese enfoque fue prematuro: se corrigió la violación de la legislación mexicana y no se incumplió ninguna obligación jurídica internacional.

58. A modo de conclusión, no puedo dejar de expresar la opinión de que este Laudo inédito e inquietante es novedoso e innovador en el peor de los sentidos. Más allá de la precipitación de la aplicación, las preocupaciones ambientales razonables identificadas por el Demandado y otros, que deberían haber sido la esencia del razonamiento de la Mayoría, han sido ignoradas deliberadamente, junto con el alto margen de deferencia regulatoria al que tiene derecho el Estado mexicano. En una oportunidad en que las leyes locales, nacionales e internacionales se han unido a fin de promover un enfoque más cuidadoso y considerado de la protección del medio ambiente, incluido el ambiente marino, la Mayoría ha determinado la existencia de arbitrariedad frente a preocupaciones ambientales razonables y serias, pruebas convincentes y un derecho aplicable que establece un criterio exigente para tal determinación. La Mayoría ha tratado las pruebas y el derecho como obstáculos a superar en la búsqueda de un resultado deseado y no como el camino hacia el resultado correcto. La Mayoría ha emitido una resolución sobre responsabilidad y cuantificación que no está justificada conforme a la ley.

59. Tanto los Estados como los inversionistas depositan su confianza en los tribunales de arbitraje para abordar controversias muy sensibles, en las que intervienen una serie de intereses y perspectivas públicos y comerciales. En un momento en el que los Estados empiezan por fin a reconocer los retos y complejidades de tomar decisiones que pueden tener repercusiones significativas en el medio ambiente, y a medida que se comprende cada vez mejor la fragilidad de nuestro medio marino, la Mayoría ha hecho caso omiso del Art. 1105 y de las preocupaciones ambientales legítimas. Se trata de un Laudo

sumamente lamentable. Se han desconocido las pruebas y el derecho, que han sido sustituidos por la especulación y el activismo arbitral.

[Firmado]

Profesor Philippe Sands KC

27 de agosto de 2024

A continuación, el Profesor Sands expresa su opinión disidente:

1. Lamento no coincidir con la decisión de la Mayoría de denegar la Solicitud de Autorización conjunta para presentar un escrito en calidad de *amicus curiae*. Al aplicar los criterios contenidos en la Declaración de la CLC, los Tribunales deben demostrar consciencia de que las Partes TLCAN han reconocido 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. Los 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.

Interés significativo en el arbitraje

2. En contraposición con la visión de la Mayoría, creo que resulta evidente que la Cooperativa tiene un interés significativo en el resultado de este arbitraje. La conclusión de la Mayoría pareciera sustentarse exclusivamente en que la Demandante de este procedimiento pretende una compensación en lugar de una restitución, e implicar que la Mayoría habría entendido que la Cooperativa tenía un interés significativo en este arbitraje solo si la Demandante hubiera pretendido una restitución. Esta es una lectura extraordinariamente restringida del requisito de ‘interés significativo’, que la Mayoría no ha justificado. Actualmente, es ampliamente reconocido que los arbitrajes tramitados al amparo de tratados de inversión pueden tener un impacto significativo en los regímenes regulatorios de los Estados, incluso cuando solo se otorga una compensación como reparación. Por consiguiente, es absolutamente previsible que la determinación de que el Demandado ha incumplido el tratado pueda dar lugar a modificaciones regulatorias que afecten de manera directa a los intereses de la Cooperativa, ya sea inmediatamente o en el futuro. La decisión de la Mayoría no reconoce ni tiene en cuenta el gran impacto del arbitraje de inversión.

3. La posición de CIEL presenta mayores dificultades, y coincido con la Mayoría en que no es suficiente demostrar meramente un ‘interés general en el procedimiento’. Sin embargo, creo que CIEL ha demostrado un interés significativo en el caso que nos ocupa. Para arribar a esta conclusión, he encontrado la naturaleza del trabajo de CIEL particularmente significativa. No es una organización que tenga un interés general en la protección del medioambiente, o un interés académico general en el arbitraje de inversión. Por el contrario, CIEL tiene un número limitado de objetivos claros que se focalizan en cómo el derecho (y, en particular, el arbitraje internacional de los tratados) afecta a los derechos humanos y al medioambiente. En mi opinión, el presente procedimiento recae dentro del enfoque limitado de CIEL y el resultado de este procedimiento podría tener un impacto en la capacidad de CIEL para alcanzar su objetivo. Puesto que se necesitaba más información en este sentido, el Tribunal podría haberla solicitado a CIEL, tal como propuse.²

Asistencia en cuestiones de hecho y de derecho

4. Entiendo que tanto la Cooperativa como CIEL pueden aportar una perspectiva única a cuestiones específicas de hecho y de derecho en esta controversia y que estas perspectivas asistirían al Tribunal.
5. La utilidad de la perspectiva ofrecida por la Cooperativa se relaciona con el impacto que el proyecto de la Demandante podría haber tenido en la actividad pesquera local. Insinuar, 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. Si bien las Partes pueden explorar el impacto del Proyecto de la Demandante en los intereses de la gente del lugar por sí mismas, la Cooperativa se encuentra en una posición única para brindar una visión de primera mano y entonces apoyar o controvertir los argumentos de las partes. Esta perspectiva única habría sido

² Al tratar esta cuestión, resulta apropiado revelar que participé en la fundación de una organización que precedió a CIEL, en el año 1989. No he tenido ninguna participación ni rol en aspecto alguno de la actividad u operación de esta nueva manifestación de la organización, desde su fundación hace más de veinticinco años.

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. En mi opinión, CIEL puede ofrecer una perspectiva única debido a su capacidad para situar a esta controversia en el contexto de los debates y desarrollos más amplios del derecho internacional. El foco de las Partes ha estado puesto, naturalmente, en los estándares jurídicos del tratado y en las pruebas de hecho relevantes. En mi opinión, estos debates más amplios son altamente relevantes para la tarea del Tribunal en este caso, dada la potencial interacción entre cuestiones de derechos humanos, derecho de las inversiones y derecho ambiental del caso. Dada su experticia, creo que CIEL se encuentra en una buena posición para ofrecer aportes adicionales que podrían asistir al Tribunal, y que su contribución habría enriquecido el material disponible para el Tribunal, más allá de las presentaciones de las Partes. En estos tiempos en los que se reconoce que los desafíos ambientales afectan a una amplia gama de interesados, considero lamentable que la Mayoría no estime apropiado permitir a aquellos que han demostrado que podrían estar afectados por el resultado la oportunidad de participar en el procedimiento, mediante una presentación *amicus* limitada. Un cuarto de siglo atrás, la Corte Internacional de Justicia reconoció que “el medioambiente no es una abstracción, sino que comprende el espacio habitable, la calidad de vida y la salud de los humanos, con inclusión de las generaciones futuras”, y que había entonces una obligación general de proteger al medioambiente, que formaba “parte del corpus de derecho internacional sobre el medioambiente”³. Una presentación *amicus* ofrece un medio importante para cumplir con esa obligación, reconociendo a su vez los derechos e intereses de los afectados.

³ *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares, Opinión Consultiva, Informes CIJ 1996*, pág. 226, en 241 (párr. 29) [Traducción del Tribunal].

Impacto sobre las Partes

7. Haberle permitido a la Cooperativa y a CIEL presentar sus escritos en calidad de *amicus* no habría sido indebidamente gravoso para las partes y tampoco habría perjudicado indebidamente a ninguna de ellas o afectado el procedimiento del arbitraje. Ambas partes están representadas por abogados experimentados y son perfectamente capaces de responder a los escritos *amicus*. La posibilidad de que uno o ambos *amici* hubieran brindado una opinión contraria a los intereses de alguna de las partes no es un motivo en sí mismo para excluir a los *amici* del procedimiento. En efecto, las partes deberían abrazar la oportunidad de contar con argumentos más rigurosos y detallados, tal como lo ha hecho el Demandado. Por último, las inquietudes relativas a la carga de las partes o a la afectación del procedimiento podrían haberse abordado fácilmente mediante la imposición de límites y requisitos estrictos respecto de los escritos *amicus*.

Profesor Philippe Sands QC

16 de diciembre de 2021